



Roj: **SAN 1792/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1792**

Id Cendoj: **28079230062018100198**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/04/2018**

Nº de Recurso: **239/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1792/2018,**
AAAN 861/2018,
ATS 12193/2018,
STS 2909/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000239 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02669/2016

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

Procurador: D. MANUEL SÁNCHEZ PUELLES GONZÁLEZ CARVAJAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitres de abril de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 239/16 promovido por el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles González Carvajal en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 12 de mayo de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la cual se le impuso una multa de 1.675.600 euros en el en el expediente



VSCN/012/11, *TELECINCO* . Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando "... dicte en su día sentencia por la que, estimando el presente recurso, anule la resolución recurrida por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito, con expresa imposición a la parte demandada de las costas devengadas en este proceso y lo demás que en Derecho proceda".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 31 de enero de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 12 de mayo de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VSCN/012/11, *TELECINCO*, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"ÚNICO: Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de enero de 2013 (Recurso 474/2011), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (recurso 721/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011 (Expte. SNC/0012/11, TELE CINCO), la multa de 1.675.600 euros"

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, y de los unidos a estos autos, los antecedentes relevantes para la resolución del litigio pueden resumirse de este modo:

1.- Mediante resolución de 29 de julio de 2011 el Consejo de la entonces Comisión Nacional de la Competencia dispuso lo siguiente:

" PRIMERO.- Declarar que el incumplimiento del plazo contemplado en la Resolución del Consejo de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELE CINCO/CUATRO para la presentación de la propuesta del Plan de Actuaciones, supone una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que se considera responsable a la GESTE VISIÓN TELE CINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.).

SEGUNDO.- Imponer a GESTE VISIÓN TELE CINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.) una sanción de 3.600.000 EUROS, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC .

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución".

2.- Contra dicho acuerdo interpuso TELE CINCO recurso contencioso administrativo que, tramitado ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional bajo el núm. 474/2011, fue desestimado por sentencia de 8 de enero de 2013 . Recurrida dicha sentencia en casación, el Tribunal Supremo estimó en parte el recurso en sentencia de 21 de septiembre de 2015 cuyo fallo, apartado segundo, era del siguiente tenor literal:

" Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011, recaída en el expediente SNC/0012/11, ordenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , en los términos fundamentados".

3.- En ejecución de lo resuelto, la Dirección de Competencia, mediante diligencia de 18 de febrero de 2016, acordó incorporar al expediente SNC/0012/11 "... los folios 354 y 355 correspondientes a contestación de solicitud de información de 10 de junio de 2011, relativos a volumen de negocios del año 2010". Y, con la misma fecha, emitió informe para la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, tras el cual dictó finalmente la resolución que ahora se recurre.



SEGUNDO .- La decisión de la CNMC parte de que la infracción acreditada y de la que es responsable TELEFONIA es una infracción muy grave, prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sancionada por tanto (art. 63.1.c) con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, 2010. De acuerdo con escrito de 10 de junio de 2011, el importe neto de la cifra de volumen de negocios consolidado de TELEFONIA y las empresas de su grupo ascendía, para el referido ejercicio económico 2010, a 837.800.000 euros.

A continuación, y para ajustarse a la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, que se remite a la de 29 de enero anterior, señala que la cuantía de la multa debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, y centra en tres los aspectos a ponderar teniendo en cuenta las críticas contenidas en la sentencia del Tribunal Supremo que se refieren a:

- La existencia de "... *error de Derecho, al no atender en la cuantificación de la multa al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, sino al de la sociedad adquirida, procediendo a aplicar sobre dicha cantidad el 1 por ciento*".

Sobre esta cuestión, advierte la CNMC que la resolución atendió al 10% del volumen de negocios total de la empresa como límite de la sanción, y determinó su importe aplicando un 1% al volumen de la adquirida (obviamente inferior), como forma de concretar el alcance o la magnitud económica afectada por la conducta.

- La existencia, igualmente, de "... *error de Derecho al no tomar en consideración que cabía computar como demora el plazo transcurrido entre el 11 de diciembre de 2010 -fecha en que cabe considerar expirado el plazo establecido para presentar el Plan de Actuaciones- y el 13 de enero de 2011 -en que se comunica a la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta del referido Plan-*".

En este punto, la resolución de ejecución expone que, no obstante las consideraciones que entiende oportunas hacer acerca del cómputo del retraso, el Tribunal Supremo fija definitivamente la duración de la mora en un mes (11 diciembre 2010 a 13 enero 2011), por lo que debe ajustarse a ello.

-Finalmente, asume la resolución que la sentencia se refiere a la conveniencia de tomar en cuenta "... *la naturaleza y entidad de la infracción, la duración de la infracción -que se circunscribe al periodo de un mes-, la realización de actuaciones para poner fin a la infracción, el efecto de la infracción sobre los intereses públicos vinculados a la libre competencia en el sector audiovisual*".

Sobre la base de todo ello, concluye que TELEFONIA conocía el plazo fijado en la resolución del Consejo para la presentación del Plan de Actuaciones, lo que sería obvio si se reparara en que era un compromiso presentado por la propia entidad, pese a lo cual no habría justificado su incumplimiento, ni por qué no presentó dicho Plan una vez requerida por la Dirección de Investigación.

Aprueba una grave perturbación del interés público cuya tutela compete a la CNMC por causa de la demora de la puesta en marcha de los compromisos aprobados en el ámbito de una operación de concentración y en la medida en que tales compromisos constituyen el cauce para solventar los problemas detectados en la concentración "... *privando de virtualidad a la Resolución con las consecuencias que ello supone para el mantenimiento efectivo de la competencia*".

Y precisa, además, en qué consiste en el caso analizado dicho perjuicio, para lo que se remite a la resolución de 29 de julio de 2011 en la cual se dice que la no presentación en tiempo del plan de actuaciones ha llevado a que "... *TELEFONIA haya podido disfrutar, al menos temporalmente, de todos los beneficios resultantes de la concentración de dos de las cadenas televisivas más importantes del país sin verse sometido a las limitaciones derivadas de los compromisos aprobados en dicha resolución, que son lo que resuelven los graves problemas de competencia detectados por la CNC y sin los cuales la operación no se podría haber autorizado*".

Insiste en que, con arreglo a la decisión del Tribunal Supremo, la infracción se circunscribe al periodo de un mes, desde el 11 de diciembre de 2010, fecha en la que expiraba el plazo para presentar el Plan de Actuaciones, hasta el 13 de enero de 2011, en la que se comunica a la Dirección de Investigación la primera propuesta.

Por último, valora que la determinación de la sanción se ha hecho ponderando la circunstancia de que TELEFONIA ha presentado finalmente el requerido Plan de Actuaciones, por lo que habría cumplido de este modo lo establecido en la resolución de 28 de octubre de 2010 y puesto fin a la infracción declarada en la Resolución de 29 de julio de 2011.

TERCERO .- Antes de abordar los motivos de impugnación en que se sustenta la demanda debemos detenernos en el análisis de la causa de inadmisibilidad del recurso que opone el Abogado del Estado al amparo de lo establecido en el artículo 69.c) de la Ley jurisdiccional por entender que la resolución que se recurre se limita a



ejecutar "... una sentencia anterior de la Audiencia Nacional que estima parcialmente el recurso y ordena realizar un nuevo cálculo de la sanción impuesta".

Ha de decirse, en primer lugar, que el representante de la Administración se equivoca en cuanto al sentido del fallo: la sentencia de 8 de enero de 2013, de esta misma Sección, desestimó el recurso 474/2011 interpuesto por TELECINCO contra la Resolución de 29 de julio de 2011, y declaró que la misma era conforme a derecho; interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, fue la dictada por el Tribunal Supremo con fecha 21 de septiembre de 2015 la que, con estimación parcial del recurso de casación en el único extremo relativo al importe de la multa, ordenó fuera calculada de nuevo, originando el trámite de ejecución en el que se dictó la resolución ahora recurrida.

Mas, en cualquier caso, no puede apreciarse la pretendida causa de inadmisibilidad si se advierte que la complejidad y variedad de cuestiones que planteaba el cumplimiento de la sentencia ya puso en su día de manifiesto la necesidad de que, en este concreto supuesto, se recondujese la reclamación a un nuevo proceso, solución que se apoya en doctrina jurisprudencial consolidada de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2013, recurso núm. 2134/2012, y las que en ella se mencionan, que atribuye a la parte afectada la opción entre el trámite de ejecución o la interposición de un nuevo recurso independiente frente a la actuación administrativa llevada a cabo en cumplimiento de una sentencia, y que se pronuncia a favor de la compatibilidad de ambas vías.

La sentencia se pronuncia en estos términos:

"CUARTO.- Tradicionalmente hemos distinguido, a los efectos que ahora importan, entre una doble vía de impugnación de actos y disposiciones dictadas en ejecución de una sentencia firme que, a su vez, había declarado la nulidad, en todo o en parte, de un acto o disposición general anterior.

Se trata, de un lado, del cauce procesal que permite, al amparo del artículo 109 de la LJCA EDL 1998/44323, abrir un incidente en la ejecución de la sentencia. Y de otro, se encuentra el cauce procesal general que faculta para interponer un recurso contencioso administrativo independiente, al amparo del artículo 45 de la misma Ley Jurisdiccional.

En el primer caso se comprenden todas aquellas incidencias, incluidas las relativas al artículo 103.4 de la LJCA EDL 1998/44323 que regulan la desviación de poder al momento de la ejecución, que tienen por objeto determinar o comprobar que el nuevo acto o disposición se ajusta y cumple con lo ordenado y dispuesto por una sentencia firme. Se pretende, por tanto, salvaguardar la inmutabilidad de la sentencia, la exactitud en su cumplimiento, garantizando la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo. Acorde con esta finalidad, el citado incidente en la ejecución, seguido al amparo del artículo 109 de la LJCA EDL 1998/44323, debe fundarse en el contraste de la nueva actuación o regulación con lo declarado y ordenado por la sentencia que se pretende ejecutar.

Deben extremarse los esfuerzos, en definitiva, para evitar, mediante esta específica vía, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o simplemente desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración.

En el segundo caso, por el contrario, los contornos son menos angostos, pues se puede alegar cualquier infracción normativa que ponga de manifiesto que dicho acto o disposición vulneran el ordenamiento jurídico. En el bien entendido que entre tales vicios de ilegalidad se comprenden, también, aquellos que tienen por objeto poner de relieve que la nueva actuación o regulación vulnera lo declarado en una sentencia firme".

Tal solución ha sido acogida por esta Sección en sentencia de 16 de diciembre de 2016, recaída en el recurso núm. 479/2014, y en la que se abordaba la misma alegación del Abogado del Estado.

Por lo demás, no puede dejar de significarse que mediante decreto de 4 de abril de 2017 el Letrado de la Administración de Justicia acordó la admisión del recurso que ahora enjuiciamos, sin que el Abogado del estado interpusiera recurso alguno contra este acuerdo, que quedó firme.

CUARTO .- Rechazada la pretendida inadmisibilidad del recurso, el primero de los motivos esgrimidos por MEDIASET se refiere a la caducidad del expediente sancionador.

Argumenta, en síntesis, que lo que se sanciona en este caso es una infracción del artículo 62.4.c) de la LDC al haberse incumplido una resolución del Consejo, por lo que el plazo máximo para resolver, tanto el expediente SNC/0012/11 como su continuación, tras el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo (VSNC/0012/11), sería de seis meses conforme a lo prevenido en el artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993; y del artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicables por razón de lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 15/2007, de 2 de julio.



Para determinar el plazo en realidad consumido, explica que desde la incoación del expediente SNC/0012/11 el 27 de abril de 2011, hasta la notificación de la resolución sancionadora el 2 de agosto siguiente, transcurrieron tres meses y cinco días.

Y añade lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que: (a) este expediente había quedado en suspenso con motivo del recurso contencioso-administrativo interpuesto con mi mandante, finalizado tras el dictado de la Sentencia de 21 de septiembre de 2015 (que devino firme el 13 de octubre de 2015, y que al menos tuvo entrada en los servicios de la CNMC el 5 de noviembre de 2015); (b) que debe considerarse como dies a quo del cómputo del plazo que le restaba a la CNMC para dictar la resolución sancionadora definitiva en el marco del expediente VSNC/0012/11 -que es simple continuación del anterior, fijando la cuantificación de la multa conforme a los criterios legales previstos en la LDC-, el 5 de noviembre de 2015 (fecha en la que la CNMC tiene conocimiento de la Sentencia); (c) la resolución administrativa sancionadora debería haberse dictado, a lo sumo, antes del 1 de febrero de 2016. Y no habiéndose dictado resolución hasta esa fecha, la única resolución posible que podía dictar la CNMC es aquella en la que se declare de oficio de la caducidad del expediente".

Conclusión que mantiene incluso de considerarse que el expediente VSNC/0012/11 no era continuación del anterior SNC/0012/11, pues supone entonces que debiera considerarse iniciado el mismo día en que los servicios de la CNMC tuvieron conocimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo (al menos el 5 de noviembre de 2015), de tal modo que la fecha límite para notificar la resolución sancionadora sería la del 5 de mayo de 2016. Comoquiera que la notificación a la sancionada se produjo el 17 de mayo de 2016, el procedimiento habría caducado con la consecuencia obligada de acordar su archivo con los efectos previstos en el artículo 92 de la Ley 30/1992.

La tesis no puede prosperar en ningún caso pues, por una parte, y con arreglo al propio criterio expresado en la demanda, lo que se sanciona aquí es una infracción del artículo 62.4.c de la LDC al haberse incumplido, supuestamente, una previa resolución del Consejo, lo que determina que el plazo máximo para resolver el expediente analizado, SNC/0012/11, fuera de 6 meses por aplicación de lo dispuesto en el artículo 70 de la misma Ley en relación con el artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993 y con el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (la remisión al artículo 43.4 de la Ley 30/1992 debe entenderse hecha a su artículo 44 tras la modificación de la misma Ley operada por la Ley 4/1999), preceptos todos que fijan como *dies ad quem* del plazo de caducidad el de la notificación de la resolución sancionadora. En consecuencia, incoado el expediente el 27 de abril de 2011, y notificada la resolución que imponía la sanción inicial de 3.600.000 euros el 2 de agosto siguiente, es obvio que no se excedió el plazo de seis meses que hubiera determinado la caducidad.

Por lo demás, la consideración de que el expediente VSNC/0012/11 pudiera ser continuación del anterior SNC/0012/11 a los efectos de considerar un único plazo de caducidad carece de todo fundamento y atenta directamente a la forma de computar el plazo de caducidad que fijan la Ley 30/1992 y el Real Decreto 1393/1998, los cuales sitúan, insistimos, el día final del cómputo del plazo en el de la notificación de la resolución sancionadora, que se produjo en el primero de dichos expedientes el 2 de agosto de 2011.

Y es del mismo modo evidente que tampoco caducó el expediente VSNC/0012/11, ahora enjuiciado, que trae causa de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, toda vez que la resolución dictada en el mismo, de fecha 12 de mayo de 2016 y ahora recurrida, ha recaído en trámite de ejecución de sentencia y obedece, precisamente, a dicha ejecución, por lo que resultan aplicables las reglas contenidas en los artículos 103 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A lo que no se opone lo razonado sobre la doble vía impugnatoria -ejecución o nuevo recurso contencioso administrativo- a la que aludíamos antes al analizar la inadmisibilidad del recurso por tratarse de un supuesto de ejecución de sentencia, pues el hecho de que la parte interesada hubiera optado por interponer un recurso contencioso administrativo no implica que al trámite anterior a la interposición de dicho recurso, seguido ante la misma Administración ejecutante, no le resulten aplicables las normas sobre ejecución de sentencia y, por lo tanto, no juegue el plazo de caducidad que propone MEDIASET. Como también dijimos en la mencionada sentencia de 16 de diciembre de 2016, "... el *dies ad quem* de dicho plazo -el de caducidad- es el de notificación de la resolución, en este caso el 27 de octubre de 2011. En modo alguno puede computarse a los efectos de duración del procedimiento sancionador, y con relevancia sobre su eventual caducidad, lo actuado después de notificada la resolución que le puso fin. Admitir otra cosa no solo resulta claramente contrario al tenor literal del precepto transcrito, sino que supondría que la posibilidad de declarar la caducidad quedase permanentemente abierta a expensas de la prolongación de trámites posteriores a la notificación de la resolución".

QUINTO .- Denuncia, además, la demandante que la resolución recurrida es nula "al valorar circunstancias y hechos determinantes sobre la cuantificación de la multa, como si de un simple incidente de ejecución se tratase, sin dar el preceptivo trámite de audiencia a MEDIASET", y, por razón de ello, la "vulneración, entre otros, de los

artículos 24 CE , 42.3 del RD 261/2008 , artículo 19.1 del RD 1398/1993 , y de los artículos 134.3 y 135 de la Ley 30/1992 " .

La lectura de los argumentos que sostienen esta denuncia pone de manifiesto la necesidad de admitir la posible coexistencia del trámite de ejecución de sentencia ante la Administración ejecutante con, al propio tiempo, la impugnación del acuerdo que la misma finalmente adopte mediante la interposición de un nuevo recurso contencioso administrativo independiente. Y es que la procedencia de la admisión del recurso en tales supuestos no implica que la tramitación llevada cabo por la administración, la CNMC en este caso, no haya de ajustarse a las reglas contenidas en los artículos 103 y siguientes de la LJCA , y así resulta con claridad de la sentencia del Tribunal Supremo antes parcialmente transcrita.

Dicho esto, procede plantearse si se han producido las vulneraciones a que se refiere la recurrente, en concreto de su derecho a la defensa protegido por el artículo 24 de la Constitución en su vertiente de no ser sancionado sin ser oído, y el derecho a ejercer la defensa formulando alegaciones en todas las fases del procedimiento.

En realidad, la base argumental de esta alegación cae desde el momento en que la sentencia del Tribunal Supremo confirma todos los extremos de la decisión de la Audiencia Nacional salvo el relativo a la cuantificación de la multa, de tal modo que su decisión solo requiere de la ejecución por la CNMC, limitada a un nuevo cálculo de la sanción en los términos que indica la misma sentencia.

Decíamos en la tan citada sentencia de 16 de diciembre de 2016 lo siguiente en relación con una alegación análoga de la entidad entonces recurrente:

"El primer motivo de la demanda plantea la nulidad de la resolución recurrida al haberse omitido el trámite de audiencia respecto de una cuestión que exigía su intervención, cual es la determinación de la sanción.

Considera que se han infringido los artículos 41 y 42 de la LDC que obligaban al traslado a la expedientada del Informe Parcial de Vigilancia y la concesión de un trámite posterior de alegaciones, infracción que supone arrastra la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado en aplicación de lo establecido en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , por la intensidad que atribuye a tal vulneración en relación a su derecho a la defensa; o, subsidiariamente, solicita que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la misma Ley , se anule la resolución por la infracción de los citados artículos de la LDC.

Pues bien, para que la omisión del trámite de audiencia determine la nulidad de pleno derecho de lo actuado por la Administración en un procedimiento sancionador es preciso que la misma haya generado indefensión al afectado, indefensión que ha de ser real y efectiva y no meramente aparental.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005, recaída en el recurso núm. 7668/1999 , " Determinadas sentencias del Tribunal Supremo relativizan este radical efecto y descartan que la falta de audiencia conlleve ineludiblemente la anulación del acto impugnado, sino que se precisa en cualquier caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63-2 de la ley 30/1992 la existencia de indefensión (entre otras las de 13 de octubre de 2000,16 de julio del año 2001 y 21 de mayo del 2002)".

Se remite en ella a lo razonado en la de 20 de octubre de 2004, en la que se dice que "la Administración ha de dictar sus resoluciones con imparcialidad y objetividad. Por ello, en la elaboración de sus actos debe observar, cuando proceda - artículo 105.c) de la Constitución - el trámite esencial de audiencia del interesado", añadiendo que "del trámite de audiencia puede prescindir la Administración cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo)" (hoy , 84 LRJPA). Por ello"... debe concluirse que el trámite de audiencia, que desde luego es un trámite importante y es garantía del administrado, no debe ser aplicado en términos absolutos e indiferenciados a todos los actos administrativos: teniendo en cuenta que el citado artículo de la Constitución garantiza dicho trámite cuando proceda, es necesario atenerse a la naturaleza y alcance de los actos administrativos. El trámite de audiencia mira a la completa y eficaz defensa del interesado (artículo 24 CE), lo que exige que cuando se invoque la falta de audiencia, se examine y pondere el contenido del expediente en función de los preceptos constitucionales citados y el también citado artículo 91 LPA (hoy, 84 LRJPA), a los fines de que no se sustraiga al interesado ningún dato que deba conocer".

Y alude asimismo a lo resuelto en la de 30 de septiembre de 2004, la cual "recuerda el apartado 4 del artículo 84, que permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. Sin embargo la resolución recurrida "tomaba en cuenta" hechos, alegaciones y pruebas precisamente contrarios a los aducidos por el interesado. Sostiene esta sentencia que no toda omisión del trámite de audiencia genera por sí sola indefensión, sin embargo," (...) En el mismo sentido la sentencia de 12-12-2001 sostiene que el incumplimiento del trámite de audiencia no puede producir de modo automático la anulación del procedimiento en que la omisión ha tenido lugar. "En este sentido, ni el artículo 105 de la Constitución Española contempla la "audiencia del



interesado" como un trámite inexorable, sino sólo "cuando proceda", ni el artículo 84 de la L.R.J.A.P. y P.A.C. lo preceptúa como forzoso, contrariamente, dicho precepto expresamente admite la posibilidad de prescindir de él. Por tanto, habrá de estarse a las circunstancias del caso contemplado y decidido, para determinar el alcance de su omisión. Desde esta perspectiva, es evidente que el demandante no ha puesto en el recurso de relieve la indefensión material que de esta circunstancia, la falta de audiencia, se le ha derivado. Se ha limitado a alegar la infracción del principio de audiencia pero sin poner de relieve el alcance material que de dicha omisión se ha derivado".

En el supuesto analizado, la mera invocación del derecho a la audiencia resulta, a la vista de la jurisprudencia descrita, insuficiente para determinar la nulidad de pleno derecho que postula la recurrente, nulidad que ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva conforme a constates pronunciamientos del Tribunal Supremo que, por conocidos, resulta ocioso reiterar aquí.

Y es que no puede desconocerse el estrecho ámbito que cabía al pronunciamiento de la CNMC, limitado necesariamente a la ejecución de lo acordado en la sentencia de esta Sala.

Los datos fácticos a tomar en consideración para cuantificar la sanción - volumen de negocios de la entidad actora limitado a la provincia de León en el período comprendido entre febrero de 2007 y mayo de 2008-, verdadero elemento nuclear de la nueva decisión por imperativo de la citada sentencia, no solo eran conocidos por la actora, sino que fueron aportados por la misma a requerimiento de la Comisión y, de hecho, fueron los proporcionados por Juan Antonio , sin modificación alguna, los que se tuvieron finalmente en cuenta para dictar el acuerdo impugnado".

Estos razonamientos valen sin duda para llegar a la misma conclusión en el caso que ahora enjuiciamos, en el que resulta conveniente hacer dos consideraciones.

En primer lugar, que la demandante no ha precisado en qué medida la falta de audiencia le ha generado indefensión. Es decir, qué es lo que podría haber alegado en el trámite omitido que pudiera haber cambiado el sentido de la resolución al punto de que, por impedirselo, la Administración hubiera cercenado su derecho a la defensa, cuya invocación queda entonces en una mera alegación genérica, insuficiente, con arreglo a la jurisprudencia citada, para provocar la nulidad del acto.

Y, en segundo término, que al permitirle impugnar mediante un nuevo recurso contencioso administrativo la decisión de la CNMC se aseguran a la entidad afectada todas las garantías inherentes al proceso para combatir una resolución que, de este modo, no se controla solo por el trámite de ejecución.

SEXTO.- Por último, reclama MEDIASET se declare la nulidad de la resolución de la CNMC "*... al no aplicar los criterios legales establecidos legalmente para la graduación de las sanciones, y vulnerar, en todo caso, el principio de proporcionalidad (artículo 131 Ley 30/1992 y artículo 64 de la LDC)".*

Denuncia que la nueva resolución no valora cuestiones que califica como relevantes y que serían "*... (i) la dimensión y características del mercado afectado [art. 64.1.a LDC]; (ii) la cuota de mercado de la empresa responsable [art. 64.1.b LDC]; (iii) al alcance de la infracción [art. 64.1.c]; (iv) el efecto de la infracción sobre los consumidores o usuarios o sobre terceros [art.64.1.e]; o (v) el beneficio ilícito obtenido [art. 64.1.f].*

Y añade que la infracción no habría tenido efectos demostrables sobre terceros o sobre los consumidores, ni generado beneficio ilícito a la recurrente, por lo que entiende que la resolución habría tratado de aproximarse lo más posible al límite fijado por el Tribunal Supremo (178 millones de euros), sin justificar de ninguna manera la aplicación del porcentaje del 0,2% del volumen de negocios de MEDIASET.

Supone que, dado el tiempo por el que se prolongó la demora sancionada, dos semanas según la misma actora en lugar del mes tomado en consideración por la CNMC, se debería haber reducido la sanción a la mitad.

Entiende que la desproporción de la multa es evidente si se compara con otros supuestos que, a su juicio, eran "mucho más graves" y en los que el porcentaje aplicado por la CNMC fue, sin embargo, inferior.

Y rechaza que la tardanza en la presentación del plan de actuaciones resultase determinante para producir los perjuicios a los que se refiere la Administración cuando, a su juicio, fue la CNMC la que se retrasó en la aprobación definitiva del mismo, además de asegurar que los perjuicios en realidad se irrogaron a la propia MEDIASET por cuanto "*... el Tribunal Supremo ha procedido a anular algunas determinaciones del propio plan de actuaciones aprobado por la CNMC en el marco del Expte. VC/230/ TELECINCO/CUATRO".*

Frente a estas consideraciones, ha de decirse, en primer término, que la resolución tiene una motivación suficiente.

Sobre la base de la previsión del artículo 63.1 de la LDC , parte la CNMC de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo



de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013 , criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- *"Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. (...)"*.

- *L a base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, viene determinado, según el artículo 63.1 de la LDC al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa"*.

- *"Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC , las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC (...)"*.

- *"... la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados (...)"*.

A continuación, expone los criterios seguidos para la determinación de la concreta sanción que correspondía a TELECINCO indicando que la infracción que se le imputa es muy grave, prevista en el artículo 62.4.c, por lo que podría ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, es decir, el 2010. Volumen que asciende, según escrito de 10 de junio de 2011, a 837.800.000 euros.

Para determinar el porcentaje a aplicar con ese límite, se refiere a los aspectos contemplados en la sentencia que imputaba a la CNMC, en concreto *" Error de Derecho, al no atender en la cuantificación de la multa al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, sino al de la sociedad adquirida, procediendo a aplicar sobre dicha cantidad el 1 por ciento"; "Error de Derecho al no tomar en consideración que cabía computar como demora el plazo transcurrido entre el 11 de diciembre de 2010 -fecha en que cabe considerar expirado el plazo establecido para presentar el Plan de Actuaciones- y el 13 de enero de 2011 -en que se comunica a la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta del referido Plan- por lo que concreta la duración de la infracción en un mes; y la conveniencia de tomar en cuenta la naturaleza y entidad de la infracción, la duración de la infracción -que se circunscribe al periodo de un mes-, la realización de actuaciones para poner fin a la infracción, el efecto de la infracción sobre los intereses públicos vinculados a la libre competencia en el sector audiovisual"*.

A todo ello añade la CNMC la justificación de los perjuicios que genera el retraso en la presentación del Plan de Actuaciones al advertir que la demora de la puesta en marcha de los compromisos aprobados en el ámbito de una operación de concentración perturba gravemente el interés público que tutela la Comisión *"... en la medida en que tales compromisos constituyen el cauce para solventar los problemas detectados en la operación de concentración que se somete a autorización, privando de virtualidad a la Resolución con las consecuencias que ello supone para el mantenimiento efectivo de la competencia"*. Se trata de un razonamiento objetivo, basado en la naturaleza misma y finalidad a la que sirven los compromisos en las operaciones de concentración, de los que se sigue que el retraso en su plena efectividad incide negativamente en el mantenimiento de la libre competencia que constituyó la razón de ser de su aprobación.

En todo caso, la determinación del plazo de un mes obedece a que fue éste el definitivamente fijado por el Tribunal Supremo al determinar la duración del retraso, lo que hace innecesaria cualquier justificación adicional y da respuesta suficiente a las prevenciones manifestadas por la actora sobre el particular.

Al propio tiempo, valora la CNMC el que TELECINCO hubiera finalmente presentado un Plan de Actuaciones con lo que cumplía lo establecido en la resolución de 28 de octubre de 2010 y ponía fin a la infracción declarada en la resolución de 29 de julio de 2011.

Todo lo cual le lleva a determinar el importe de la multa en el 0,2% del volumen de negocios total en 2010, lo que supone una sanción de 1.675.600 euros.

Pues bien, a la vista de lo anterior ha de concluirse que las pautas interpretativas seguidas son, en efecto, consecuencia del criterio establecido por Tribunal Supremo, y la decisión finalmente adoptada tiene una motivación suficiente, sostenida por las anteriores consideraciones -naturaleza y alcance de la infracción y, en relación con ello, perjuicio a la libre competencia, duración del retraso, o, como contrapartida, cumplimiento de la obligación cuyo retraso se sanciona-, y es, al propio tiempo, proporcionada, pues arroja un porcentaje que se sitúa muy lejos del máximo legal, sin que la comparación con otros casos pretendidamente equiparables -o, incluso, más graves a criterio de la recurrente, que fueron sin embargo más benévolamente tratados- indique otra cosa al desconocerse la analogía entre los supuestos de hecho o las circunstancias de unos y otro.



La concreción del porcentaje en el 0,2% es en realidad una facultad de la Comisión siempre que hubiera actuado dentro de los límites legales, su decisión cuente con una motivación suficiente y se ajuste al principio de proporcionalidad, lo que, con arreglo a lo que venimos razonando, sucede en este supuesto.

Y sin que el retraso que MEDIASET atribuye a la propia CNMC en la aprobación del Plan de Actuaciones pueda servir para atenuar el que cabe en todo caso imputar a TELECINCO por no haberlo presentado en el plazo que tenía para ello.

SÉPTIMO.- Pr ocede, en atención a cuanto se ha expuesto, la desestimación del recurso, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles González Carvajal en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 12 de mayo de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la cual se le impuso una multa de 1.675.600 euros en el expediente VSCN/012/11, *TELECINCO*. Resolución que se declara ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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 interponer recurso de casación preparándolo ante esta Sala mediante escrito que habrá de presentarse en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a su notificación, previa la constitución del correspondiente depósito, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 07/05/2018 doy fe.