



Roj: **SAN 2594/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2594**

Id Cendoj: **28079230062018100311**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **59/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2594/2018,**
AAAN 1283/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000059 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00723/2015

Demandante: AUTOSCOOUT 24 ESPAÑA, S.A.U

Procurador: D^a MARÍA SOLEDAD VALLES RODRÍGUEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: LUXOR CAPITAL GROUP, L.P. Y MILANUNCIOS S.L.U.

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N.º:

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 veinte de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 59/15 promovido por la Procuradora D^a María Soledad Valles Rodríguez en nombre y representación de **AUTOSCOOUT 24 ESPAÑA, S.A.U**, contra la resolución de 20 de noviembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la



Competencia, sobre concentración económica consistente en la adquisición por parte de SCHIBSTED ESPAÑA S.L.U. del control exclusivo del negocio de anuncios clasificados online desarrollado por MILANUNCIOS S.L.U. a través de "milanuncios.com". Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado; e intervenido como entidades codemandadas LUXOR CAPITAL GROUP, L.P., representada por la Procuradora D^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón; SCHIBSTED CLASIFIED MEDIA SPAIN, S.L., representada por la Procuradora D^a Gloria Teresa Robledo Machuca; y MILANUNCIOS S.L.U. (MUBA ONLINE, S.L.U.), representada por el Procurador D. Germán Cesáreo Marina Grimau.

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 sentencia por la cual, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:

- Se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la Resolución objeto de recurso.
- Subsidiariamente, declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule la Resolución objeto de recurso en la parte referida a la subordinación de la autorización de la concentración entre SCM y MA al cumplimiento del compromiso propuesto por la empresa notificante, del Resuelve Primero y Segundo de la Resolución.
- Se impongan las costas a la Administración demandada".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y las entidades codemandadas SCHIBSTED CLASIFIED MEDIA SPAIN, S.L., y MILANUNCIOS S.L.U. (MUBA ONLINE, S.L.U.), contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban 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 21 de marzo 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 de 20 de noviembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre concentración económica consistente en la adquisición por parte de SCHIBSTED ESPAÑA S.L.U. del control exclusivo del negocio de anuncios clasificados online desarrollado por MILANUNCIOS S.L.U. a través de "milanuncios.com", cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

" **Primero** .- De acuerdo al artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , subordinar la autorización de la concentración C/0573/14 SCHIBSTED / MILANUNCIOS al cumplimiento de los compromisos presentados por SCHIBSTED CLASSIFIED MEDIA SPAIN, S.L. (antes denominada SCHIBSTED ESPAÑA S.L.U.) con fecha 14 de noviembre de 2014, que obligarán a SCHIBSTED CLASSIFIED MEDIA SPAIN, S.L. y cualquiera de las empresas del grupo.

Segundo .- Asimismo, autorizar conjuntamente con los compromisos el acuerdo de licencia suscrito por SCHIBSTED CLASSIFIED MEDIA SPAIN, S.L. y AUTOCASION HOY, S.A. el 17 de noviembre de 2014 y designar a AUTOCASION HOY, S.A. como licenciataria idónea

Tercero .- Teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) y la práctica de las autoridades nacionales de competencia, deberán quedar fuera de la autorización determinados aspectos de los pactos de no competencia, no captación y confidencialidad del contrato de SCM SPAIN de 12 de febrero de 2014 con los vendedores, en lo que no se refieran estrictamente a la prestación de anuncios clasificados online, en lo que sobrepasen el límite temporal de los dos años y el ámbito geográfico español, que se consideran no accesorios a la operación de concentración notificada.

Cuarto.- El incumplimiento de lo previsto en la presente Resolución se considera infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la LDC , lo que en su caso dará lugar a las sanciones previstas en los artículos 63 y 67 de la misma.

Quinto.- En virtud de lo previsto en el artículo 35.2.c) de la LDC , se encomienda la vigilancia de la presente Resolución a la Dirección de Competencia".

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

1. El 24 de abril de 2014 se notificó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) la concentración económica consistente en la adquisición por parte de SCHIBSTED ESPAÑA S.L.U. (SCM SPAIN) del control exclusivo del negocio de anuncios clasificados online desarrollado por MILANUNCIOS S.L.U. (MA) a través de *milanuncios.com*, con exclusión de la actividad de anuncios clasificados online de relaciones personales desarrollada por MA. Y ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por superar el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la misma Ley.
2. Formado expediente y elaborado por la Dirección de Competencia el oportuno informe de la operación junto con una propuesta de resolución, en los términos previstos en el artículo 57.1 de la LDC, el Consejo de la CNMC dictó con fecha 5 de junio de 2014 resolución en primera fase del procedimiento por la cual acordó iniciar la segunda con arreglo a lo previsto en el artículo 57.2.c), y ello al considerar que la citada operación de concentración podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados.
3. Instruido el procedimiento en segunda fase conforme a lo establecido en los artículos 58, 59 y 37 de la LDC, y aceptada, con arreglo al artículo 66 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la personación como interesados en el expediente de referencia de MILANUNCIOS S.L.U. (MA), AUTOSCOOUT24 ESPAÑA, S.A.U. (AUTOSCOOUT24), AUTOCASION HOY, S.A. (AUTOCASION), MOTORFLASH IBÉRICA DE NEGOCIOS, S.L. (MOTORFLASH) y LUXOR CAPITAL GROUP, LP (LUXOR), con fecha 8 de agosto de 2014 la Dirección de Competencia emitió un pliego de concreción de hechos en el que, indica literalmente la resolución, *"se sustanciaban los problemas de competencia que la operación de concentración generaba en los mercados afectados, en particular, el mercado de plataformas de anuncios clasificados online de acceso libre y gratuito por parte de los potenciales interesados en los anuncios para motor, especialmente de cara a los anunciantes profesionales en este mercado"*. Notificado el pliego a las entidades intervinientes para que formularan alegaciones, y presentadas sucesivas propuestas de compromisos por SCM SPAIN para resolver los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la operación de concentración que habían sido identificados en el pliego de concreción de hechos, con fecha 14 de noviembre de 2014 tuvo entrada en la CNMC la propuesta de compromisos definitiva de SCM SPAIN.
4. El 18 de noviembre de 2013 la Dirección de Competencia elevó al Consejo informe sobre la operación y propuesta de resolución definitiva en los términos del artículo 58.4 de la LDC. En su propuesta, la Dirección de Competencia planteaba subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos propuestos por la notificante el 14 de noviembre de 2014, así como autorizar al licenciatario propuesto por la notificante, y dar el visto bueno al acuerdo de licencia firmado entre notificante y licenciatario.
5. Finalmente, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó la resolución ahora recurrida en sesión de 20 de noviembre de 2014.

En la misma, y como decíamos, acordaba *"subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos presentados por SCHIBSTED CLASSIFIED MEDIA SPAIN, S.L. (antes denominada SCHIBSTED ESPAÑA S.L.U.) con fecha 14 de noviembre de 2014, y se autorizaba conjuntamente con los compromisos el acuerdo de licencia suscrito por SCHIBSTED CLASSIFIED MEDIA SPAIN, S.L. y AUTOCASION HOY, S.A. el 17 de noviembre de 2014 y designar a AUTOCASION HOY, S.A. como licenciatario idóneo"*.

SEGUNDO .- La demanda, tras una prolija descripción de antecedentes en la que refiere cual es la situación surgida como consecuencia del acuerdo de concentración en el mercado afectado, el de anuncios clasificados online, específicamente en el área del motor, situación que califica de "absoluta dominancia, cercana al monopolio de hecho", incide en la ineficacia, al objeto de paliar los efectos anticompetitivos advertidos en su día por la dirección de competencia, del compromiso de comportamiento asumido por SCM para obtener la autorización de la operación de concentración. Dicho compromiso consistía, en síntesis, en el otorgamiento durante dos años a un tercero de una licencia de explotación en exclusiva de los anuncios clasificados por anunciantes profesionales en el sector de automoción en la sección motor del portal *milanuncios.com*. La misma SCM identificaba a varios operadores potencialmente interesados, entre los que se incluía a la propia entidad demandante, AUTO SOCUT 24, si bien finalmente el acuerdo de licencia se firmó el 17 de noviembre de 2014 con AUTOCASIÓN, acuerdo de licencia y licenciatario que autorizó, como hemos visto, la CNMC en la misma resolución ahora recurrida.

En su fundamentación jurídica se refiere la demanda, en primer lugar, al alcance del control jurisdiccional de las concentraciones económicas y al carácter discrecional de las decisiones adoptadas al respecto por la CNMC que no implica, sin embargo, que no esté sujeta a límites cuya observancia ha de ser garantizada por



los órganos jurisdiccionales que ejercen, de este modo, un control de la motivación o justificación ofrecida acerca de la idoneidad de los compromisos a los que se subordina la autorización.

Sobre la base de este esquema general, denuncia la existencia de "*graves errores de apreciación y motivación cometidos por la CNMC en la resolución recurrida*" atendido el "*carácter flagrantemente insuficiente e inapropiado del compromiso de comportamiento presentado por SCM e incluido por la CNMC en la resolución impugnada*". Y para justificar esta conclusión analiza la compatibilidad de dichos compromisos con los criterios establecidos por la Comisión Europea en su Comunicación 2008/C267/01, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al reglamento (CE) n° 139/2004, del Consejo, y al Reglamento (CE) n° 802/2004, de la Comisión.

Del contenido de la Comunicación, y de la jurisprudencia europea sobre la cuestión, deduce que los compromisos han de resolver de una manera estable los problemas de competencia detectados, generando efectos estructurales que garanticen una competencia efectiva a medio y largo plazo, lo que no garantizaría el compromiso controvertido en el que el acuerdo de licencia se prolonga solo durante dos años.

Por otra parte, rechaza que, como pretende SCM, la autorización licencia de co-explotación de la sección de motor de *milanuncios.com* a un operador elegido por la misma SCM pueda considerarse un compromiso de acceso a redes en los términos en que han venido admitiendo tanto la CNMC como la Comisión, es decir, como un medio de facilitar el acceso de terceros a una infraestructura clave, a redes, a tecnologías y/o derechos de propiedad intelectual. Y ello porque, en esos casos, se garantizaba un acceso abierto a terceros operadores en condiciones de transparencia y no discriminación, y por períodos no inferiores, por lo general, a cinco años. Siendo así que en el caso analizado se restringe a un solo operador (AUTOCASION), al que se concede una licencia de co-explotación para la inserción de anuncios de profesionales en la sección del motor del portal durante un plazo temporal limitado (dos años), transcurridos los cuales SCM recuperará el control exclusivo de dicho portal.

Además, AUTOSCOOUT 24 considera que se ha producido un error manifiesto de apreciación de la CNMC sobre la idoneidad y suficiencia de los compromisos presentados por SCM para resolver los problemas de competencia, lo que plantea en dos sentidos:

- Por un lado, y partiendo del contenido de la Comunicación 2008/C267/01, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004, del Consejo, y al Reglamento (CE) n° 802/2004, de la Comisión, y de los requisitos que con arreglo a dicha Comunicación deben cumplir los compromisos de comportamiento, tendentes a facilitar el acceso de terceros a una infraestructura clave, a redes, a tecnologías y/o a derechos de propiedad intelectual, concluye que en el caso examinado no se cumplirían dichas exigencias por las razones que expone.

- Por otro, advierte el error de apreciación de la CNMC sobre la idoneidad y suficiencia de los compromisos aceptados para resolver los problemas de competencia que identifica la misma resolución ahora recurrida, como serían la no concesión del derecho de exclusividad en la explotación de la sección de motor del portal *milanuncios.com* para anunciantes profesionales, pues la resolución prevería una explotación en todo caso conjunta entre SCM y el licenciatario; en cuanto al compromiso valorado positivamente por la CNMC de permitir a AUTOCASION acceder a los datos de contacto de los anunciantes profesionales de MA, la escasez de beneficios reales de dicho compromiso en atención a las circunstancias que relaciona la propia entidad demandante; la poca relevancia que tendría el compromiso adoptado en relación al derecho del licenciatario a percibir los ingresos derivados de los anuncios clasificados publicados por anunciantes profesionales en la sección de motor del portal *milanuncios.com* para posibilitar que la entidad licenciataria ganase en notoriedad y posicionamiento de marca, especialmente teniendo en cuenta que a partir de principios de 2017 la entidad licenciataria ya no podría contar con la plataforma *milanuncios.com* para anunciar nada; la ineficacia de los derechos que, supuestamente, permiten al licenciatario potenciar su marca y el tráfico de su plataforma dado su carácter accesorio, sin ningún efecto real o significativo en el marco competitivo en que se plantea la operación de concentración; o la limitada duración de los compromisos que determina la previsible incapacidad del licenciatario para competir eficazmente en el mercado con SCM una vez expirado el período de licencia.

Consideraciones todas a las que se oponen el Abogado del Estado y las codemandadas SCHIBSTED CLASIFIED MEDIA SPAIN, S.L., y MILANUNCIOS, S.L.U., por las razones que exponen en sus respectivos escritos de contestación a la demanda.

TERCERO .- Sobre la base de lo expuesto, y como advierte la misma demandante, el objeto de este litigio se centra en determinar la existencia y relevancia de los posibles riesgos que para la competencia se derivan de una operación de concentración como la planteada -y aprobada- por SCM y MA, y la conveniencia y

eficacia de los compromisos propuestos -y también aceptados por la CNMC- por la empresa notificante de la concentración para eliminar tales riesgos.

Ello aboca ya directamente la cuestión a definir cual sea el alcance del control jurisdiccional sobre las concentraciones económicas y las decisiones adoptadas por la autoridad de competencia sobre esta materia, para lo que resulta imprescindible partir de la normativa que la regula.

Así, el procedimiento de control de concentraciones económicas se contempla en el capítulo II del Título IV, artículos 55 y siguientes, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyos artículos 7 a 10 se refieren a la definición de concentración económica, la determinación de su ámbito de aplicación, a la obligación de notificación y suspensión de la ejecución y, en cuanto ahora interesa, a los criterios de valoración sustantiva.

Señala el artículo 10, bajo la rúbrica *C criterios de valoración sustantiva*, lo siguiente:

"1. La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional. En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos:

- a) la estructura de todos los mercados relevantes,*
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,*
- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,*
- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,*
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,*
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,*
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,*
- h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.*

2. En la medida en que la creación de una empresa en participación sujeta al control de concentraciones tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de lo establecido en los artículos 1 y 2 de la presente Ley.

3. En su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización.

(...)"

Particular relevancia tiene a estos efectos la Comunicación 2008/C267/01, de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión.

En ella se dice lo siguiente:

1.- El Reglamento (CEE) no 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo denominado «el Reglamento de concentraciones») dispone expresamente en sus artículos 6, apartado 2, y 8, apartado 2, que la Comisión podrá decidir declarar una concentración compatible con el mercado común una vez modificada por las partes, tanto antes como después de la incoación del procedimiento. A tal efecto, la Comisión podrá vincular a su decisión condiciones y obligaciones destinadas a asegurar que las empresas afectadas cumplan los compromisos que han contraído con la Comisión para hacer la concentración compatible con el mercado común

2- La finalidad de la presente Comunicación es orientar sobre las modificaciones de las concentraciones, en particular los compromisos de las empresas afectadas para modificar una concentración. Dichas modificaciones se describen por lo general como «soluciones», ya que su objetivo es eliminar los problemas de competencia detectados por la Comisión. La orientación establecida en la presente Comunicación refleja la experiencia

desarrollada por la Comisión con la evaluación, aceptación y aplicación de las soluciones conforme al Reglamento de concentraciones desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1990

(...)

3. La presente Comunicación establece los principios generales aplicables a las soluciones aceptables para la Comisión, los principales tipos de compromisos que pueden ser aceptados por la Comisión en los casos contemplados por el Reglamento de concentraciones, los requisitos concretos que las propuestas de compromisos deben cumplir en ambas fases del procedimiento, y los principales requisitos para la aplicación de los compromisos. En cualquier caso, la Comisión tendrá debidamente en cuenta las circunstancias particulares de cada caso individual.

Se refiere en sus apartados siguientes a esos Principios generales de este modo:

"4. Con arreglo al Reglamento de concentraciones, la Comisión evaluará la compatibilidad de una concentración notificada con el mercado común sobre la base de su efecto en la estructura de competencia en la Comunidad. La evaluación de la compatibilidad con arreglo al artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento de concentraciones, tiene por fin determinar si una concentración obstaculizaría significativamente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de él como consecuencia, en particular, de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante. Una concentración que impida considerablemente la competencia efectiva tal como se ha descrito anteriormente es incompatible con el mercado común y la Comisión debe prohibirla. Para la creación de una empresa en participación, la Comisión también examinará la concentración de conformidad con el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. Los principios establecidos en la presente Comunicación también se aplicarán por lo general a las soluciones presentadas para eliminar los problemas de competencia detectados con arreglo al artículo 2, apartado 4.

5. En caso de que una concentración plantee problemas de competencia por cuanto podría obstaculizar considerablemente la competencia efectiva, en particular a consecuencia de la creación o consolidación de una posición dominante, las partes podrán intentar modificar la concentración para resolver los problemas de competencia y lograr así la autorización para su concentración. Dichas modificaciones podrán ejecutarse plenamente antes de una decisión de autorización. Sin embargo, es más frecuente que las partes presenten compromisos con objeto de hacer la concentración compatible con el mercado común y que dichos compromisos se ejecuten tras la autorización.

6. Con arreglo a la estructura del Reglamento de concentraciones, es responsabilidad de la Comisión demostrar que una concentración obstaculizaría considerablemente la competencia. La Comisión comunicará los problemas de competencia a las partes para que puedan formular propuestas de soluciones apropiadas y pertinentes. Corresponderá entonces a las partes en la concentración presentar compromisos; la Comisión no está en condiciones de imponer unilateralmente ninguna condición a una decisión de autorización, sino únicamente sobre la base de los compromisos de las partes. La Comisión informará a las partes sobre su evaluación preliminar de las propuestas de soluciones. Si, con todo, las partes no proponen válidamente soluciones adecuadas para eliminar los problemas de competencia, la única opción de la Comisión será adoptar una decisión de prohibición.

7. La Comisión deberá evaluar si las soluciones propuestas, una vez se hayan ejecutado, eliminarían los problemas de competencia detectados. Sólo las partes disponen de toda la información pertinente necesaria para dicha evaluación, en particular por lo que se refiere a la factibilidad de los compromisos propuestos y a la viabilidad y competitividad de los activos que se proponen ceder. Es, pues, responsabilidad de las partes proporcionar toda la información disponible que sea necesaria para la evaluación por la Comisión de la propuesta de soluciones. Con este fin, el Reglamento de aplicación obliga a las partes notificantes a suministrar, junto con los compromisos, información detallada sobre el contenido de los compromisos ofrecidos y las condiciones para su aplicación, y a demostrar que son adecuados para suprimir cualquier obstáculo significativo que impida la competencia efectiva, tal como se establece en el anexo del Reglamento de aplicación (el «formulario RM»). En cuanto a los compromisos que consisten en la cesión de una actividad empresarial, las partes deberán describir pormenorizadamente, en particular, cómo funciona actualmente la actividad empresarial que vaya a ser cedida. Esta información permitirá a la Comisión evaluar la viabilidad, competitividad y comerciabilidad de la actividad empresarial, comparando su funcionamiento actual con el alcance propuesto con arreglo a los compromisos. La Comisión podrá adaptar los requisitos exactos a la información necesaria en el caso individual de que se trate y estará disponible para discutir con las partes el alcance de la información requerida antes de la presentación del formulario RM.

8. Considerando que las partes deben proponer compromisos suficientes para suprimir los problemas de competencia y presentar la información necesaria para evaluarlos, corresponderá a la Comisión determinar si una concentración, modificada por los compromisos válidamente presentados, debe declararse efectivamente



incompatible con el mercado común debido a que suponga, pese a los compromisos, un importante obstáculo para la competencia efectiva. La carga de la prueba para la prohibición o autorización de una concentración modificada por los compromisos está, pues, sujeta a los mismos criterios que una concentración sin modificar".

No puede dudarse de la importancia de estos principios pues constituyen la base sobre la cual ha de realizarse el análisis de la concentración desde el punto de vista de su impacto en la competencia y la eficacia que, para paliar o conjurar tal impacto, ha de atribuirse a las soluciones o compromisos.

Precisamente a las condiciones básicas que han de reunir los compromisos que la Comunicación denomina aceptables dedica sus apartados siguientes, 9 a 14, y a la conveniencia de los diferentes tipos de soluciones, los apartados 15 a 17, donde distingue entre las cesiones, otras soluciones estructurales, tales como la concesión de acceso a infraestructura clave o a insumos con carácter no discriminatorio, y los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración, para concluir que *"Los compromisos de cesión son la mejor manera de eliminar los problemas de competencia que resultan de solapamientos horizontales, y pueden también ser el mejor medio para resolver los problemas de orden vertical o derivados de un conglomerado. Otros compromisos estructurales pueden ser adecuados para resolver todo tipos de problemas si dichas soluciones son equivalentes a cesiones en sus efectos, tal como se explica más pormenorizadamente en el apartado 61 y ss. Los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración pueden ser aceptables sólo excepcionalmente en circunstancias muy concretas. En particular, los compromisos que consisten en no subir los precios, no reducir las gamas de productos o suprimir marcas, etc., no eliminarán por lo general los problemas de competencia derivados de solapamientos horizontales. En cualquier caso, esos tipos de soluciones sólo podrán aceptarse excepcionalmente si se garantiza plenamente su factibilidad mediante una aplicación y una supervisión efectivas con arreglo a las consideraciones establecidas en los apartados 13-14, 66 y 69, y si no existe el riesgo de que produzcan efectos distorsionadores en la competencia".*

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre 2005, recurso núm. 37/2003, si bien respecto de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, hace relevantes consideraciones que permiten enfocar la cuestión de un modo más preciso, y así señala en su fundamento jurídico cuarto lo siguiente:

"I. La Exposición de Motivos de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia señala que, "la competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución".

Como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, "la LDC establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (STC 88/1986, fundamento jurídico 4º). Y estas intervenciones, obvio es, inciden sobre las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles, ya que, como se dijo tempranamente en la STC 37/1981, fundamento jurídico 3º, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado". Y añade, más adelante:

"La defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE. Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo - por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste".

En este marco constitucional, en el que debe incluirse también sin lugar a dudas el control de concentraciones, juega un papel decisivo la intervención de las autoridades de la competencia, cuya función es, conforme a los artículos 14 a 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, la de verificar si el proyecto puede obstaculizar



el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado por sus efectos previsibles o constatados, y, en caso afirmativo, o bien declararla improcedente si se demuestra que la restricción de la competencia es de tal intensidad que impedirá que en los mercados relevantes afectados por la operación se produzca una concurrencia real entre operadores, o bien declararla procedente si se llega al convencimiento de que a pesar de los efectos restrictivos, la concentración contribuye a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o "a los intereses de los consumidores o usuarios".

La interpretación conjunta de estos preceptos permite afirmar que una operación de concentración que produzca esos efectos beneficiosos puede ser autorizada, aunque restrinja la competencia, si tales efectos tienen importancia hasta el punto que la hacen conveniente a pesar de los efectos restrictivos. El establecimiento de condiciones iría dirigido, de un lado, a paliar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados afectados por la operación, y, de otro, a facilitar que los efectos beneficiosos se hagan realidad. En definitiva, en el desideratum beneficio/perjuicio, se opta por el primero, aún a conciencia de que el segundo se produce, si bien se repara con la adopción de determinadas condiciones, que "compensen los efectos restrictivos" y a la vez garantizan que la operación aporte algo al progreso económico y social, a modo de equilibrio entre dichos factores".

(...)

El mero aumento del poder significativo en el mercado de las empresas concentradas no era definitorio de la prohibición. Debe tenerse presente que toda concentración de empresas implica por la simple adición de porcentajes el aumento del peso significativo de la resultante, pero este mayor poder no supone necesariamente que la competencia quede impedida en el sector de mercado de que se trate, pues en él continuarán los restantes operadores y los futuros que puedan acceder al mismo. El régimen de control de estas concentraciones supone en sí mismo la posibilidad de su permanencia, pues en caso contrario, hubiese sido más fácil al legislador establecer su prohibición absoluta. El que no lo haya hecho así se debe sin duda a que ello, aparte de que equivaldría a una restricción inaceptable de la libertad de empresa, impediría aprovechar los efectos beneficiosos que de una concentración pueden derivar para la economía y el bienestar de los ciudadanos.

(...)

III. En una inicial apreciación parece que entre las dos posibilidades que prevén los apartados b) y c) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia es menos restrictiva con la libertad de empresa la aprobación con condiciones que el rechazo frontal de la operación. Esta última únicamente cabe acordarla cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia. El determinar cuando se da esta imposibilidad y cuando no, así como cuáles sean las condiciones a aplicar en este último supuesto, es cuestión que corresponde al Gobierno, que en este campo actúa con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos. Se trata, pues, de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, si no es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad, y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional. Ello no significa que la discrecionalidad sea tan absoluta que permita la arbitrariedad, pues como señala la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002 (caso Prosegur/Blindados del Norte), "La validez, en principio, de esta modalidad de Acuerdos condicionados no excluye, como es lógico, el análisis de cada una de las condiciones impuestas, a fin de examinar la conformidad a derecho de su contenido". En el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 9 de junio de 2000 (caso Unión Radio), al indicar que se trata de "un acto administrativo cuyo control jurisdiccional se atribuye en nuestro ordenamiento jurídico a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa".

El Gobierno, a través de la motivación del acto, bien directamente, bien mediante la remisión a los informes emitidos por los órganos competentes, expresará cuales han sido los criterios que ha seguido para tomar su decisión, y si de ellos se deduce que ésta no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no puede esta Sala declarar su invalidez. Es esta también la postura que en relación con los acuerdos sobre concentraciones adoptados por la Comisión Europea ha mantenido el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias de 6 de junio de 2002 (apartados 26 y 32) y 30 de septiembre de 2003 (apartado 119). El primordial examen es, en consecuencia, determinar si las medidas son, desde un punto de vista racional y no arbitrario, adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y, si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar la validez del acuerdo.

IV. El control de concentraciones y la subsiguiente imposición de limitaciones tiende a evitar los irreversibles efectos anticompetitivos que de inmediato una operación de concentración implica con los consiguientes



daños irreparables para el mercado. Es una institución claramente diferenciada, por un lado, de las prácticas anticompetitivas art. 1 y, por otro, del abuso de posición dominante (art. 6) que se persiguen mediante el régimen de sanciones previsto en los artículos 9 y siguientes de la Ley. Por esta razón, no tienen fundamento los argumentos en los que se aduce que los controles "ex post" cumplen suficientemente la finalidad que las condiciones impuestas tratan de precaver, pues ello supondría desconocer la necesidad de una institución que actúa en forma preventiva para evitar los daños que se puedan producir al mercado, y que en la lucha "anti trust" ha sido implantada en las economías avanzadas desde la Sherman Act de 1890 y la Clayton Act de 1914, y que en el entorno europeo encuentra su reflejo en los artículos 85 a 94 del TCE .

Tampoco lo tienen los que mantienen la ilegalidad de los acuerdos porque no mejoran el "status quo" previo a la concentración. La finalidad del control de las concentraciones es la de evitar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, pero no hacer desaparecer los límites competenciales ya existentes, generados normalmente en beneficio del primer entrante en compensación a su aventura de crear un mercado cuya potencialidad es ignorada en el momento inicial, y que puede incluso llevarle al fracaso. Bien es verdad que si además se consigue esa mejora, ello no será superfluo, pero en ningún caso podrá tacharse de irregular una condición que no persiga este objetivo, pues lo suyo es evitar que la restricción sea mayor a la existente, y no establecer elementos regulatorios que atenten contra la libertad de mercado, cambiando su funcionamiento normal.

En fin, tampoco debe considerarse prevalente una condición estructural sobre otra de comportamiento. Es cierto que la Comisión Europea suele dar preferencia a las medidas estructurales en orden a compensar las restricciones a la competencia. Ahora bien, esto, que pudiera ser un criterio orientativo, no puede imponerse con carácter absoluto en el sistema español de concentraciones, conforme al cual, como se dijo anteriormente, debe ser enjuiciada la operación..." .

(...)

Por último, la autorización de la concentración no está subordinada al posible aumento del poder de mercado de los operadores como consecuencia de la operación, sino más bien a la restricción de la competencia que tal aumento puede ocasionar. La posición dominante, en sí misma considerada, no es ilegítima, y puede deberse al efecto expansivo de una gestión eficiente. Prohibirla sería tanto como impedir el éxito de una empresa, frente al fracaso de otras. Se trata únicamente de impedir que ese poder se incremente hasta el extremo de hacer imposible la competencia, y a esto tiende el sistema de control de concentraciones".

El Tribunal de Primera Instancia de la UE, en sentencia de 3 de abril de 2003, asunto T342/00 (Petrolessence SA, Sociétés de gestion de restauration routière SA), declara también que,

" 101. Según reiterada jurisprudencia, las normas materiales del Reglamento n. 4064/89 y, en particular, su artículo 2 , relativo a la apreciación de las operaciones de concentración, confieren a la Comisión cierta facultad de apreciación, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de aplicar las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación inherente a las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (véanse las sentencias antes citadas Francia y otros/Comisión, apartados 223 y 224, y Gencor/Comisión, apartados 164 y 165, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002 , Airtours/Comisión, T- 342/99 , Rec. p. II-2585, apartado 64). De ello se desprende que el control ejercido por el juez comunitario sobre las apreciaciones complejas de orden económico realizadas por la Comisión en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación que le otorga el Reglamento n. 4064/89 debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder. En particular, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de orden económico de la Comisión mediante la suya propia".

De todo ello conviene destacar un principio que ha de inspirar la decisión que adoptemos ahora, cual es que corresponde al órgano de competencia determinar si los compromisos o soluciones propuestos tienen alcance bastante para compensar las restricciones a la competencia que derivan del acuerdo de concentración, y la facultad que actúa entonces la Comisión implica el ejercicio de una potestad discrecional, sujeta a las técnicas de control que operan sobre esta clase de potestades y, en particular, a la exigencia de una motivación suficiente.

Planteamiento que, en lo sustancial, comparte la entidad actora como resulta del fundamento de derecho primero de su demanda y que, como anticipábamos, reconduce la cuestión, también como sintetiza la recurrente, a concretar si el compromiso de comportamiento consistente en el otorgamiento de una licencia para la explotación en exclusiva de los anuncios clasificados online publicados por anunciantes profesionales en la sección del motor del portal *milanuncios.com* cumple o no los requisitos exigibles.



CUARTO .- La resolución de 20 de noviembre de 2014 motiva de manera expresa la suficiencia de los compromisos asumidos por SCM SPAIN y, así, declara en su fundamento de derecho tercero que *"... el conjunto de los compromisos propuestos por SCM SPAIN el 14 de noviembre de 2014, transcritos en el Fundamento de Derecho anterior, resulta suficiente y proporcionado para compensar los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva, derivados de la operación de concentración que se habían detectado y que estaban recogidos en el PCH"*.

Y añade en el fundamento siguiente que *"La Sala está de acuerdo en que tal como propone el notificante el acuerdo de licencia derivado de los compromisos tenga una duración efectiva de 2 años, a parte de los periodos transitorios inicial y final. Esta Sala de Competencia entiende que los compromisos son adecuados y proporcionados para resolver los problemas de competencia detectados, en la medida que el acuerdo de licencia permite la expansión del licenciataria en el mercado español de plataformas de anuncios clasificados online de acceso libre y gratuito por parte de los potenciales interesados en los anuncios del sector del motor, lo que facilitaría al licenciataria alcanzar las economías de red suficientes como para convertirse en un operador muy relevante en el mercado tanto durante la vigencia del acuerdo de licencia como una vez expirado el mismo. Así mismo, entiende que AUTOCASIÓN cumple los requisitos establecidos en los compromisos para ser licenciataria y que el acuerdo de licencia se ajusta a los compromisos, incluso en algunos casos mejorando a favor del licenciataria sus posibilidades de actuación"*.

Es conveniente indicar que el informe propuesta de la Dirección de Competencia en el que se sustenta la resolución recurrida lleva a cabo una detallada valoración de la operación de concentración sin la adopción de compromisos (apartados 455 y siguientes), valoración de la que concluye (497, 498 y 499) que *"Esta Dirección de Competencia considera que la operación de concentración notificada afecta negativamente y de forma significativa a la competencia efectiva en el mercado de plataformas de anuncios clasificados online de acceso libre y gratuito por parte de los potenciales interesados en los anuncios, especialmente en el segmento del sector del motor. Asimismo, esta Dirección de Competencia considera que las eficiencias alegadas por la notificante no benefician significativamente a los consumidores o no son específicas de la operación de concentración, y en cualquier caso no han sido suficientemente cuantificadas ni compensan los efectos restrictivos sobre la competencia efectiva de la operación de concentración notificada. Por tanto, esta Dirección de Competencia estima que la operación de concentración no debería ser aprobada sin la adopción de compromisos o condiciones que compensen los efectos restrictivos de la competencia detectados"*.

Tal conclusión le lleva, a continuación, a describir los compromisos presentados por SCM SPAIN conforme a lo establecido en el artículo 59 de la LDC, ciñéndose a la última de las propuestas (14 de noviembre de 2014), y a proceder a su valoración (apartados 529 y siguientes) desde la perspectiva de la *"Adecuación de las medidas de la propuesta de compromisos para la resolución de los problemas de competencia detectados"*, consistente, en esencia, en la concesión a un tercer operador independiente, durante un plazo de dos años, de una licencia de explotación en exclusiva de los anuncios clasificados publicados por anunciantes profesionales en la sección de motor del portal *milanuncios.com*, atribuyendo al licenciataria una serie de facultades que la Dirección de Competencia analiza a continuación de manera individualizada y en relación con las alegaciones formuladas por los interesados, otros operadores consultados en el desarrollo del test de compromisos llevado a cabo por la Dirección de Competencia, entre ellos la propia AUTOSCOOUT 24 aquí recurrente, que oponen que los compromisos no serían suficientes pues lo que harían sería solo retrasar los efectos de la operación de concentración al período de vigencia de la licencia, advirtiendo incluso de su previsible agravación posterior.

Pues bien, en el desarrollo de su propuesta la Dirección de Competencia examina estas circunstancias y les da una respuesta individualizada al incidir en la eficacia de una serie de derechos inherentes al acuerdo de licencia como sería el derecho exclusivo a exportar de forma automática anuncios de anunciantes profesionales a la sección de motor del portal *milanuncios.com*, el derecho exclusivo a acceder a los datos de contacto de los anunciantes profesionales que se anuncian en la sección de motor del portal *milanuncios.com*, el derecho exclusivo del licenciataria a percibir los ingresos derivados de los anuncios clasificados publicados por anunciantes profesionales en la sección de motor del portalweb *milanuncios.com*, o los derechos que permiten al licenciataria potenciar su marca así como el tráfico de su plataforma.

La propuesta, asumida por la resolución impugnada, no se limita solo a esto, sino que hace una explícita valoración de las *"disposiciones relativas a la implementación y supervisión de los compromisos"*, y entre ellas de la controvertida duración de los compromisos y de los plazos para su implementación.

Y analiza, en fin, la idoneidad o mejor procedencia de otro tipo de compromisos sugeridos por algunos de los operadores consultados en el citado test de compromisos llevado a cabo por la Dirección de Competencia en la segunda fase del procedimiento, análisis que le lleva a rechazar de manera motivada estas alternativas por entender, por ejemplo, que *"los compromisos de carácter estructural que proponen la exclusión de la sección íntegra de motor del portal milanuncios.com (incluyendo anunciantes profesionales y particulares) de la*



operación de concentración, con carácter permanente, no resultarían proporcionales para resolver los problemas de competencia detectados que en ningún caso afectan a los anunciantes particulares del motor".

Alude a la situación de estos anunciantes particulares de los que destaca el carácter ocasional de su demanda y su menor dependencia económica respecto a la inmediatez y la eficacia en las transacciones a las que pudieran dar lugar los anuncios, por lo que dispondrían, dice, "... de un número de alternativas muy elevado", destacando también la política de gratuidad respecto de la publicación de anuncios particulares seguida por la práctica totalidad de plataformas de anuncios clasificados online que operan en España.

Especialmente significativa es la consideración reflejada en el apartado 619 de la propuesta donde la DC indica que "AUTOSCOOUT24 y MOTORFLASH, pese a reiterar que los compromisos óptimos podrían haber sido de otro tipo, manifiestan su interés en resultar licenciatarios y consideran que SCM SPAIN debería optar por el procedimiento de subasta en relación con la adjudicación de la licencia exclusiva para exportar anuncios profesionales y/o la opción de entrevistarse con cualquier operador que se lo solicite, en vez de por el mecanismo de negociación directa con aquellos operadores que SCM SPAIN considere que reúnen los requisitos necesarios para ser autorizados por la CNMC" y rechaza de manera motivada esta sugerencia, que califica de desproporcionada ya que lo que se pretende con la subordinación de la concentración a los compromisos propuestos por SCM SPAIN es garantizar la solución a los problemas identificados sin cercenar el derecho, que atribuye a la notificante, de seleccionar el licenciatario más adecuado para sus intereses cumpliendo, al propio tiempo, los requisitos establecidos en los compromisos de 14 de noviembre de 2014.

Desde el punto de vista de la exigencia de la motivación del acto discrecional, no puede sino concluirse que la decisión de aceptar el compromiso propuesto tiene una justificación explícita y suficiente en los términos en que ha venido perfilando este requisito el Tribunal Supremo que, en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, declara lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

QUINTO .- Los argumentos que se esgrimen en la demanda combaten, precisamente, la suficiencia y adecuación de los compromisos para solventar los problemas de competencia que detecta la propia CNMC, cuya decisión estaría afectada, a juicio de la recurrente, de "graves errores de apreciación y motivación".

En primer lugar, porque los compromisos incluidos en la resolución recurrida resultarían, en su opinión, incompatibles con los criterios de la Comisión Europea en materia de compromisos de comportamiento aceptables en procesos de concentración empresarial, para justificar lo cual recuerda que la Comunicación de 2008 prefiere los compromisos de carácter estructural frente a los meros compromisos de comportamiento.

Con ser ello así, tal y como hemos anticipado cuando nos referíamos al contenido de dicha Comunicación, también es cierto que la CNMC es explícitamente consciente del contenido de la Comunicación y de dicha preferencia, lo cual le lleva a justificar de manera expresa la oportunidad y eficacia del compromiso aprobado.

En efecto, frente a las objeciones ya expuestas en su día ante esa misma Dirección por los operadores consultados, el informe propuesta de la Dirección de Competencia, asumido por la CNMC en su resolución, explica que la suscripción de un contrato de licencia exclusiva para la exportación de anuncios clasificados de anunciantes profesionales a la página web del portal *milanuncios.com* sí resultaba adecuada para resolver los problemas de competencia detectados en la medida en que permite limitar los efectos que la adquisición de MA tiene en el mercado de plataformas de anuncios clasificados online de acceso libre y gratuito en el sector de motor.

Y apuntala esta conclusión al destacar que el aumento de notoriedad que se deriva del acuerdo de licencia exclusiva propuesto por SCM SPAIN resultaría eficaz para que el licenciatario "... genere suficientes efectos de red como para convertirse por sí mismo en un operador significativo en un mercado de dos caras como el analizado". Añade que, de este modo, el acuerdo de licencia contribuiría a permitir al licenciatario la superación



de las barreras de entrada y expansión existentes en el mercado afectado al punto de ser capaz de contrarrestar el poder de la nueva entidad resultante de la operación notificada tanto durante la vigencia del acuerdo de licencia como una vez expirado el mismo; y que esa explotación exclusiva, aunque temporal, de la sección de clasificados de motor del portal *milanuncios.com* por un tercero permitiría a este licenciatario servirse de la masa crítica y la imagen de marca de MA para adquirir notoriedad y generar el volumen de visitas y anuncios necesario para convertirse en un operador relevante, "... capaz de ejercer presiones competitivas significativas sobre la entidad resultante de la operación notificada, de forma que consiguiera neutralizar cualquier intento por parte de SCM SPAIN de incrementar sus precios, reducir la calidad de sus servicios o limitar la innovación".

Si bien la entidad ahora recurrente niega tales efectos por cuanto no se trataría de una solución estructural en razón a la limitada eficacia temporal de la medida, esta mera consideración es insuficiente para desvirtuar la motivación explícita que hemos expuesto, teniendo presente que la tan repetida Comunicación de 2008 no niega la efectividad de otras soluciones no estructurales.

En cualquier caso, no puede perderse de vista que el compromiso adoptado es de un calado indudable pues implica, y lo repetimos a riesgo de ser reiterativos, la cesión al licenciatario del derecho exclusivo a percibir los ingresos derivados de los anuncios clasificados publicados por anunciantes profesionales en la sección de motor del portalweb *milanuncios.com*, operando como limitación única el plazo de dos años de cesión de la licencia.

Debería haber justificado entonces la parte recurrente con una prueba bastante que ello no sirve, en contra de lo que sostiene la CNMC, para permitir al licenciatario potenciar su marca, así como el tráfico de su plataforma.

Y es que, además, y como también expone la propuesta de la DC asumida por la CNMC, se reconocen unos derechos inherentes al acuerdo de licencia que garantizarían la eficacia de la notriedad derivada de la licencia exclusiva, y que serían el derecho exclusivo a exportar de forma automática anuncios de anunciantes profesionales a la sección de motor del portal *milanuncios.com*; el derecho exclusivo a acceder a los datos de contacto de los anunciantes profesionales que se anuncian en la sección de motor del portal *milanuncios.com*; el derecho exclusivo del licenciatario a percibir los ingresos derivados de los anuncios clasificados publicados por anunciantes profesionales en la sección de motor del portal web *milanuncios.com*; o los derechos que permiten al licenciatario potenciar su marca así como el tráfico de su plataforma, con las consecuencias inherentes a ello una vez transcurrido el período de licencia.

La prueba propuesta y admitida por la Sala -la documental II lo fue con las limitaciones que fijaba el auto de 30 de septiembre de 2015, confirmado en reposición por el de 10 de diciembre siguiente- no ha conseguido desvirtuar estas apreciaciones, pues dicha prueba se limitaba a un escrito presentado por el propio Director General de AUTOSCOOUT24 ESPAÑA S.A.U.; un comunicado del Director General Comercial de SCHIBSTED CLASSIFIED MEDIA SPAIN, en el que resumía las condiciones a las que quedaba sometida la compra de MA; otro del Director Comercial de AUTOCASIÓN, licenciataria de la explotación del portal, dirigida a los clientes y en la que exponía las ventajas de la comercialización en exclusiva de la categoría de motor del portal *milanuncios.com*; unos cuadros que reflejan datos de anunciantes en las distintas webs correspondientes a los años 2013, 2014 y 2105; así como una copia las Decisiones de la CE en diversos asuntos.

Documentos que no revelan, frente a la motivación suficiente a la que nos venimos refiriendo, la arbitrariedad de lo actuado por la CNMC en cuanto al alcance y eficacia del compromiso adoptado.

SEXTO .- Al propio tiempo, la entidad actora supone que los problemas de competencia que detectó la propia CNMC no se solucionan de forma estable y duradera con el compromiso adoptado pues, si bien dicho compromiso podría representar - *indudablemente* , dice- una oportunidad de negocio más o menos interesante para AUTOCASIÓN, lo sería solo a corto plazo, y vaticina, por el contrario, que durante la vigencia de la licencia los portales controlados por el grupo SCM en el ámbito del motor no dejarán de crecer en número de anuncios y visitas, con el consiguiente fortalecimiento de su posición de dominio, y al terminar el período de licencia, *"la situación en el mercado de anuncios clasificados online de vehículos de motor todavía sería más dramática que en la actualidad para los competidores de SCM"*. E insiste en que *"es altamente probable que dentro de dos años, una vez finalice la vigencia del compromiso de comportamiento finalmente aprobado por la CNMC existan en el mercado unos portales agrupados y controlados por SCM todavía más poderosos que en la actualidad"*.

Respecto de ello ha de decirse, no obstante, que tampoco estas afirmaciones tienen un sustrato probatorio suficiente al margen de la mera consideración de la recurrente y no evidencian el error manifiesto de apreciación al que la misma se refiere con cita de los pronunciamientos de los Tribunales europeos sobre la cuestión -en particular, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (CE) de 30 de septiembre de 2009, T158/2000 (ARD/Comisión)-.



Por lo demás, las prevenciones que manifiesta AUTOSCOOUT24 en relación al derecho de exclusividad en la explotación de la sección de motor del portal MA para anunciantes profesionales al advertir que, en realidad, se trata de una explotación conjunta entre SCM y el licenciatario puesto que SCM seguirá gestionando la inserción directa por anunciantes profesionales "... *limitándose a suspender la posible monetización de dicha actividad durante un plazo máximo de dos años*", ha de decirse que también la propuesta de la DC abordó esta cuestión en sus apartados 549 y siguientes al contestar a las alegaciones realizadas por los operadores consultados en el test de compromisos al que nos hemos referido antes. Y las respuestas ofrecidas cuentan con una motivación que, a juicio de la Sala, satisface las condiciones exigibles. Así, se pone de manifiesto que "... *el mantenimiento de los servicios que actualmente se ofrecen a particulares y profesionales usuarios de la sección de motor del portal milanuncios.com garantiza el mantenimiento del valor que esta sección ofrece a sus usuarios de menor capacidad de inversión y que constituye una de las claves del éxito del citado portal. Al tratarse de anuncios gestionados por SCM SPAIN, se aseguraría el interés de este operador por continuar desarrollando una gestión adecuada y eficiente de la citada sección*", conclusión que podrá no compartirse, pero que resulta razonable, como también lo es recordar (apartado 552) que si el licenciatario considera que el valor de su licencia puede verse menoscabado por el desarrollo por la política comercial de SCM SPAIN, tiene el derecho de que SCM SPAIN "*modifique las condiciones de acceso al portal u otras condiciones que resulten razonables para preservar el valor de la licencia*".

Han de destacarse en este punto las facultades de supervisión que asisten a la CNMC para controlar el efectivo cumplimiento de los compromisos adoptados y que resultan de lo previsto en los apartados 13 y 14 de la Comunicación, así como las prevenciones que refleja el acuerdo mismo de autorización sobre el obligado cumplimiento de la resolución y las consecuencias derivadas del incumplimiento. Lo cual constituye una garantía eficaz para el licenciatario de que aquel derecho, como los demás que se siguen de los compromisos aprobados, se respeten en realidad.

También se pronuncia el informe propuesta, asumido por la CNMC, acerca de la exclusión de los anunciantes particulares del acuerdo de licencia exclusiva, y declara que resulta proporcionada y adecuada toda vez que los problemas de competencia detectados afectan solamente a los anunciantes profesionales.

Recuerda que los anunciantes particulares "... *disponen de una infinidad de medios para publicitar sus productos, además de que la práctica totalidad de plataformas de anuncios clasificados online que operan en el mercado español han optado por una política de gratuidad respecto de la publicación de anuncios particulares*".

Hay expresa referencia a la cuestión de la exportación automática de anuncios, que es objeto de crítica en la demanda pues AUTOSCOOUT24 supone que el compromiso aceptado por la CNMC no evita, tampoco durante el período de dos años de duración de la licencia, la comercialización y publicación conjunta de anuncios en las plataformas del motor de SCM y MA.

En este sentido, pone de relieve la CNMC las previsiones que tienen por objeto favorecer el posicionamiento de los anuncios objeto de exportación y el atractivo del servicio prestado por el licenciatario frente a sus clientes a través de la autorenovación de anuncios exportados por el mismo, y el que se mantengan en la primera posición de los resultados de búsqueda.

Explica que el hecho de que el portal de anuncios clasificados online gestionado por MA se haya convertido en un canal publicitario a utilizar para un número significativo de anunciantes constituye una garantía para avalar lo que califica como elevado atractivo de la licencia que SCM SPAIN ofrece en su propuesta de compromisos; y sostiene que el derecho exclusivo de exportación automática a favor del licenciatario durante el periodo de vigencia de la licencia elimina la posibilidad de que SCM SPAIN ofreciera a sus clientes profesionales del motor una publicación "paquetizada" de anuncios en el portal milanuncios.com.

Extremo éste último cuestionado por la demandante, pero sin una base sólida de crítica, en relación al período de dos años de vigencia de la licencia. Las consideraciones sobre lo que habría de suceder después (el grupo SCM volvería a ser el único con capacidad real para ofertar una "paquetización" atractiva para sus clientes profesionales) han de entenderse respondidas con las explicaciones que ofrece también la propuesta, y a las que nos hemos referido antes, en relación a ventajas de carácter permanente que ha de conllevar la adjudicación de la licencia temporal (básicamente, el aumento de notoriedad que se deriva del acuerdo de licencia exclusiva generaría suficientes efectos de red como para que el licenciatario se convirtiese en un operador significativo en el mercado, le permitiría la superación de las barreras de entrada y expansión existentes en el mercado afectado hasta el punto de poder contrarrestar el poder de la nueva entidad resultante de la operación de concentración no solo durante la vigencia del acuerdo de licencia, sino también una vez concluido, y lo configuraría como un operador relevante y competitivo capaz de neutralizar los intentos de la adquirente de, por ejemplo, aumentar sus precios, reducir la calidad de sus servicios, limitar la innovación..).



Otra de las críticas que formula AUTOSCOOUT24, directamente relacionada con la anterior, alude al derecho exclusivo del licenciatario a acceder a los datos de contacto de los anunciantes profesionales que se anuncian en la sección de motor del portal *milanuncios.com* pues entiende que, en realidad, son pocos los beneficios reales que se siguen de este derecho dada su vigencia únicamente temporal, limitada a los dos años de la licencia.

Esta limitación temporal determina también, según la demandante, la ineficacia de los derechos que, supuestamente, permiten al licenciatario potenciar su marca así como el tráfico de su plataforma, y le llevan a suponer "... *la más que probable incapacidad del licenciatario de competir eficazmente en el mercado con SCM una vez expirado el corto período de licencia*" y a concluir, en fin, que si bien la comercialización de los nuevos servicios durante el período de vigencia de la licencia podrá tener un efecto positivo para AUTOCASIÓN, tanto financiero (aunque condicionado, en este extremo, al precio final de la licencia) como de prestigio de marca, resulta evidente que tales beneficios desaparecerán de manera repentina, dice, al transcurrir el período de licencia, situando a SCM como líder indiscutible del mercado al cual deberán acudir para seguir contando con los servicios que durante dos años les ofertó MA.

Pues bien, ha de insistirse en que todo ello no deja de ser una apreciación de la entidad recurrente -quien manifestó, no lo olvidemos, su interés en resultar licenciataria-, que no ha sido corroborada por una prueba sólida y que se enfrenta, insistimos, con una motivación explícita que evidencia que la decisión adoptada por la Comisión no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto.

SÉPTIMO .- Procede, con arreglo a lo hasta aquí razonado, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas a la mercantil actora en aplicación de lo establecido 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 la Procuradora D^a María Soledad Valles Rodríguez en nombre y representación de **AUTOSCOOUT 24 ESPAÑA, S.A.U**, contra la resolución de 20 de noviembre de 2014, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre concentración económica consistente en la adquisición por parte de SCHIBSTED ESPAÑA S.L.U. del control exclusivo del negocio de anuncios clasificados online desarrollado por MILANUNCIOS S.L.U. a través de "milanuncios.com", por ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la entidad 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 21/06/2018 doy fe.