Roj: **SAN 4636/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4636**

Id Cendoj: **28079230012018100546**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **20/11/2018**
Nº de Recurso: **1838/2015**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001838 /2015

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **06803/2015**

Demandante: **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION S.A.**

Procurador: **MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL**

Demandado: **COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Dª. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Madrid, a veinte de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo PO **1838/2015** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. MANUEL SANCHEZ-PUELLES Y GONZALEZ CARVAJAL, en nombre y representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 18 de marzo de 2015 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 16 de noviembre del 2015, ante la Sección Sexta de esta Sala, siendo remitido a esta Sección Primera por razones de reparto y admitida la competencia.

Por Auto de 2 de octubre de 2017, se denegó la ampliación del recurso que se había solicitado.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 13 de marzo de 2018, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de su pretensión y se anule la resolución recurrida.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 7 de mayo de 2018, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado.

CUARTO.- Se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, trámite que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 13 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma Sra Magistrada Dª **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

FU NDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo, por la representación procesal de la entidad MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A., la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), de 18 de marzo de 2015, adoptada en el expediente de vigilancia VC/0230/10 TELECINCO/ CUATRO, que declara que MEDIASET ha reiterado el incumplimiento del compromiso de la resolución de la extinta CNC de 28 de octubre de 2010, recaída en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, en los términos que se recogen en el Fundamento de derecho Segundo, al vincular de facto la comercialización de los canales TELECINCO y CUATRO, entre otros, mediante la aplicación de una política de descuentos basada en el cumplimiento de una cuota global de inversión en el grupo de canales MEDIASET y se interesa de la Dirección de Competencia la incoación del expediente sancionador por los incumplimientos expresados.

SEGUNDO.- La actora funda su pretensión impugnatoria en los siguientes motivos de impugnación:

1º) Falta de competencia de la Sección 1ª para conocer un recurso interpuesto frente a una resolución del Consejo de la Sala de Competencia de la CNMC, relativa a un expediente de vigilancia sobre el cumplimiento de los compromisos adoptados en el expediente de concentración TELECINCO/CUATRO, por entender que la competencia corresponde a la Sección 6ª de acuerdo con las normas de reparto de la Sala. Añade que es la Sección Sexta quien ha conocido y viene conociendo otros asuntos derivados todos ellos de la misma operación de concentración económica TELECINCO/CUATRO y frente a resoluciones y acuerdos de la actualmente denominada Sala de Competencia de la CNMC, citando una serie de recursos, por lo que considera que carece de sentido que este recurso se tramite ante una Sección distinta.

2º) Nulidad de pleno derecho del resuelve "Primero" por el que se declara el incumplimiento del compromiso recogido en la resolución del Consejo de la extinta CNC de 28 de octubre de 2010, " *por cuanto excede del alcance que a dicha declaración le atribuye el art. 42 del Reglamento de Defensa de la Competencia ",* con infracción de lo dispuesto en el articulo 24.2 CE, en los arts 134 y ss de la Ley 30/1992, por entonces aplicable y del art. 25.1 de la Ley 40/2015).

Invoca la recurrente SAN de 8 de enero de 2016 , dictada por la Sección 6ª en el recurso 49/2014; SAN de 23 de noviembre de 2017, dictada por la Sección 6ª en el recurso 423/2015 y SAN de 15 de diciembre de 2017, dictada por la Sección 6ª en el recurso 669/2015.

El Abogado del Estado se opone a la pretensión de la actora argumentando que carece de objeto la impugnación de la resolución realizada sobre la consideración de un contenido supuestamente sancionador toda vez que las cuestiones que al respecto puedan ventilarse deberán ser vistas y resueltas precisamente en el expediente que a tales efectos pueda incoarse. En cuanto a la sentencia de 8 de enero de 2016, invocada por la parte, dictada en el recurso 49/2014, se encuentra recurrida ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- In cide la parte en su escrito de Conclusiones al igual que en la demanda en que la competencia para el conocimiento del recurso corresponde a la Sección 6ª, que ya conoció otros procedimientos similares y no a esta primera, denunciando incongruencia y contradicciones en las alegaciones del representante del Estado.

Tal alegación debe rechazarse, pues es el propio representante del Estado quien en escrito de 27 de octubre de 2015, presentado ante la Sección 6ª, que ya había dictado Decreto de admisión del recurso, le hacía saber que conforme a las normas de reparto vigentes la competencia para el conocimiento del recurso correspondía a la Sección Primera.

La Sala no puede sino ratificar dicho criterio, pues si bien es cierto que con anterioridad a noviembre de 2013, era la Sección 6ª la encargada de conocer los recursos procedentes de dicha Comisión, según el Acuerdo de la Comisión permanente del CGPJ de 29 de octubre de 2013, publicado en el BOE de 8 de noviembre de 2013, sobre modificación de las normas de reparto de la Sala de lo Contencioso Administrativo, dicha situación se modificó.

En dicho Acuerdo y en cuanto a la Sección Primera de la Sala, se le atribuye el conocimiento de los recursos dirigidos contra los actos (expresos o presuntos), disposiciones de carácter general inactividad o vías de hecho procedentes, entre otros, de la "Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en ejercicio de sus funciones de supervisión y control de los mercados de comunicación audiovisual", continuando en vigor dichas normas de reparto según Acuerdo de 21 de octubre de 2014 (BOE de 6 de noviembre de 2014), y estando por lo tanto vigentes en el momento de presentación del recurso contencioso que ahora nos ocupa.

CUARTO.- Por lo que respecta a la cuestión de fondo, también en su escrito de Conclusiones, incide la actora en la necesidad de mantener el criterio de la sentencia en su día dictada por la Sección Sexta en fecha 8 de enero de 2016 (recurso 49/2014).

No puede esta Sala compartir dicho criterio, por cuanto dicha sentencia que fue objeto de recurso de casación 527/2016, ya ha sido fallado por el Alto Tribunal que en sentencia de 8 de mayo de 2018, decía lo siguiente:

<<Como se deduce del fundamento transcrito de la sentencia recurrida, la Sala juzgadora considera que de ser definitivo el pronunciamiento sobre incumplimiento de la resolución administrativa impugnada en la instancia se estaría prejuzgado la infracción prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia - el incumplimiento de una resolución adoptada en aplicación de la propia Ley- y, por consiguiente, también el resultado del expediente sancionador cuya incoación se ordenaba. Así, entiende la Sala que la interpretación conjunta del citado precepto legal y de la facultad de declarar el incumplimiento de las obligaciones impuestas que el artículo 42.4 del Reglamento de la Ley atribuye al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia requiere "necesariamente" condicionar el alcance de la facultad reconocida en el citado artículo 42.4 del Reglamento al limitado ámbito del expediente de vigilancia "de tal suerte que la declaración de incumplimiento ha de hacerse en todo caso con esta limitación". Al no haberlo hecho así, la sentencia concluye que la declaración de incumplimiento excede el alcance que a tal declaración le atribuye el artículo 42 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia .

El Abogado del Estado, en cambio, sostiene que el procedimiento de vigilancia es un auténtico procedimiento administrativo, distinto a aquél en que se adoptó el acuerdo sometido a vigilancia, de carácter contradictorio, y que puede concluir con una declaración de incumplimiento e incluso con la imposición de multas coercitivas (artículo 42.4 y 5 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia). Entiende que no podría habilitarse al órgano regulador a imponer multas coercitivas sin una previa declaración de incumplimiento.

Ahora bien, añade el Abogado del Estado, la declaración de incumplimiento se limita al procedimiento de vigilancia "sin más repercusión que la de instar al inicio de un procedimiento sancionador por infracción muy grave, previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC , o iniciar el correspondiente procedimiento para la adopción de multas coercitivas". Y afirma, con diversos ejemplos de resoluciones de la autoridad de competencia, que en modo alguno este órgano considera que la declaración de incumplimiento realizada en el procedimiento de vigilancia sea definitiva o que condicione el posterior procedimiento sancionador.

En opinión del representante de la Administración, es precisamente la remisión a un posterior procedimiento sancionador lo que otorga a la declaración de incumplimiento un carácter provisional y supedita la determinación de la infracción y la eventual sanción a dicho procedimiento sancionador.

La representación letrada de la empresa codemandada (CERCASA) entiende, en el mismo sentido que la sentencia, que la declaración anulada por la sentencia recurrida declaraba no la existencia de indicios, sino la existencia definitiva del incumplimiento por parte de CERCASA, a la vez que ordenaba la incoación de un expediente sancionador. Y si se entiende que el artículo 42.4 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia autoriza a hacer tal declaración de incumplimiento con carácter definitivo, el precepto habría de ser declarado contrario a la Ley que desarrolla.

CUARTO.- Sobre la naturaleza de la declaración de incumplimiento en un procedimiento de vigilancia.

La Ley de Defensa de la Competencia regula el procedimiento de vigilancia en su artículo 41 de la siguiente forma:

" **Artículo 41.** Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.

1. La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de la Competencia o acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento.

La Comisión Nacional de la Competencia podrá solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales en la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.

2. En caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración."

El Reglamento desarrolla el precepto legal en los siguientes términos:

" **Artículo 42.** Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

1. A efectos de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, al adoptar la resolución o el acuerdo que imponga una obligación, deberá advertir a su destinatario del plazo de que dispone para cumplirlo, apercibiéndole de la cuantía de la multa coercitiva que, en caso de incumplimiento, le podrá ser impuesta por cada día de retraso en los términos previstos en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio .

2. Una vez que la resolución o el acuerdo sean ejecutivos, la Dirección de Investigación llevará a cabo todas las actuaciones precisas para vigilar su cumplimiento.

3. Cuando la Dirección de Investigación estime un posible incumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá elaborar un informe de vigilancia que será notificado a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.

4. Recibidas las alegaciones de los interesados y, en su caso, practicadas las actuaciones adicionales que se consideren necesarias, la Dirección de Investigación remitirá el informe de vigilancia al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a efectos de que éste declare el cumplimiento de las obligaciones impuestas, o bien declare su incumplimiento.

5. La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que declare el incumplimiento de una obligación podrá imponer la multa coercitiva correspondiente, según lo establecido en el artículo 21 de este Reglamento."

Por otra parte, la Ley de Defensa de la Competencia prevé, entre las infracciones muy graves, la siguiente:

" **Artículo 61.** Infracciones.

[...]

4. Son infracciones muy graves:

[...]

c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones."

De los preceptos transcritos se deduce que el procedimiento de vigilancia no tiene carácter sancionador ni las resoluciones que se adopten como consecuencia del mismo pueden condicionar en forma alguna un eventual posterior procedimiento sancionador.

En efecto, el procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por el órgano regulador y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento). Y aunque verse sobre los mismos hechos que un eventual posterior procedimiento sancionador, en ningún caso puede considerase que tenga por objeto la determinación de si se ha incurrido en la infracción grave contemplada en al artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En el marco de su limitado alcance (verificar el estado de cumplimiento de una obligación) el procedimiento de vigilancia puede lógicamente concluir con una declaración de cumplimiento o de incumplimiento, parcial o completo en uno u otro caso, y circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento. Pero su objeto no es, conviene insistir, constatar si se ha incurrido en un incumplimiento que incurra en la referida infracción muy grave, sino constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o incoar un expediente sancionador. Por consiguiente, es perfectamente admisible que constatada una situación de incumplimiento (parcial o completo y en el momento en que se realiza la vigilancia) que pudiera ser constitutivo de la referida infracción, se acuerde como consecuencia del procedimiento de vigilancia, como ha sucedido en el caso de autos, la incoación de un procedimiento sancionador.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho se pueden extraer varias conclusiones sobre la naturaleza y finalidad del procedimiento de vigilancia y de sus posibles consecuencias:

- El procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el grado de cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación impuesta al sujeto objeto del mismo, por lo que su conclusión natural es una declaración de cumplimiento (o incumplimiento). Como las consecuencias del procedimiento pueden ser desfavorables, el procedimiento tiene carácter contradictorio, dándosele al sujeto trámite de audiencia (art. 42.3 y 4 del Reglamento).

- En caso de constatar un incumplimiento, el órgano regulador puede imponer multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento), lo que tiene la finalidad de incentivar al cumplimiento de la obligación. Esta posibilidad es una muestra evidente de la naturaleza provisional de la constatación de incumplimiento, que puede dar lugar a dicha medida, que tiene por objeto lograr el cumplimiento pleno de la obligación. Las multas coercitivas, reguladas en el artículo 21 del Reglamento, no tienen carácter sancionador, aunque sin duda son desfavorables, lo que explica, como se ha dicho, que el procedimiento sea contradictorio y requieren una apreciación de un incumplimiento, parcial o completo, en ese momento.

- Tanto si se acuerda la imposición de multas coercitivas como si no se hace así, a resultas del estado de cumplimiento constatado se puede instar la incoación de un procedimiento sancionador, el cual sí que tiene por objeto precisamente valorar si el incumplimiento detectado constituye una infracción ex artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

- Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción ex 62.4.c).

De acuerdo con todo lo expuesto, procede estimar el motivo y el recurso de cas ación interpuesto por el Abogado del Estado.

De conformidad con las razones expuestas en el motivo cuarto, ha lugar al recurso de casación entablado por la Administración del Estado contra la sentencia de 8 de enero de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional .>>

QUINTO.- Conforme a lo expuesto, procede la integra desestimación del presente recurso con imposición de las costas a la recurrente, ex art. 139.1 LJCA.

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad el Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

FA LLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de la entidad MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A., contra la resolución de fecha 18 de marzo de 2015, dictada por la Sala de competencia de la CNMC, a que las presentes actuaciones se contraen, que se confirma, por ser conforme a Derecho.

Se condena al pago de las costas causadas a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el articulo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ