

Id. Cendoj: 28079230062013100230
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 07/05/2013
Nº de Recurso: 718/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Expediente sancionador.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a siete de mayo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 718/2011 que ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. Bueno Ramírez en nombre y representación de **PROMOTORA DE INFORMACIONES, S.A. (PRISA) , EDICIONES EL PAIS, S.A. (EL PAIS), GRUPO EMPRESARIAL DE MEDIOS IMPRESOS, S.L. (GEMI), PROMOTORA GENERAL DE REVISTAS, S. A. (PGR), BOX NEWS PUBLICIDAD, S.L. (BOX NEWS), GRUPO ZETA, S.A. (ZETA) y EDICIONES PRIMERA PLANA, S.A. (EPP)** frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de noviembre de 2011, relativa a **expediente sancionador** , con una cuantía indeterminada. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 30 de diciembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 23 de marzo de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo

enjuiciado, y subsidiariamente reduciendo la sanción impuesta por infracción, entre otros, del principio de proporcionalidad.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, no admitiéndose la práctica de la única prueba, pericial, propuesta por la parte actora.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 9 de abril de 2013 acordando la Sala posponer el señalamiento hasta el día 30 de abril de 2013, a fin de que tuviera lugar igualmente la deliberación del recurso 404/2011 que, según había señalado la parte actora, debía resolverse previamente. En dicha fecha este recurso efectivamente se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 24 de noviembre de 2011 en el Expediente S/0232/10 PRISA ZETA con la siguiente parte dispositiva:

" **Primero**.- Declarar que los puntos 1 y 7 de la cláusula segunda del anexo 2 del acuerdo de 1 de marzo de 2009 y el acuerdo de 9 de diciembre de 2009 analizados en el expediente de referencia constituyen una infracción al *artículo 1 de la Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia* , por ser restrictivos de la competencia.

Segundo .- Declarar responsables de la infracción del Resuelve Primero a Promotora de Informaciones, S.A. y *solidariamente a sus filiales Ediciones El País, S.L., Grupo Empresarial de Medios Impresos, S.L., Promotora General de Revistas S.A. y Box News Publicidad S.L., y a Grupo Zeta S.A. y solidariamente a su filial, Ediciones Primera Plana, S.A.*

Tercero.- Intimar a Promotora de Informaciones, S.A. y *sus filiales Ediciones El País, S.L., Grupo Empresarial de Medios Impresos, S.L., Promotora General de Revistas S.A. y Box News Publicidad S.L., y a Grupo Zeta S.A. y su filial, Ediciones Primera Plana, S.A. para que en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente resolución procedan a la remoción de los puntos 1 y 7 de la cláusula segunda del anexo 2 del acuerdo de 1 de marzo de 2009.*

Cuarto .- Intimar a Promotora de Informaciones, S.A. y *sus filiales Ediciones El País, S.L., Grupo Empresarial de Medios Impresos, S.L., Promotora General de Revistas S.A. y Box News Publicidad S.L., y a Grupo Zeta S.A. y su filial, Ediciones Primera Plana, S.A. para que desistan del pacto firmado el 9 de diciembre de 2009 en los términos en que fue suscrito en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la presente resolución.*

Quinto .- Sancionar a Promotora de Informaciones, S.A. y *sus filiales Ediciones El País, S.L., Grupo Empresarial de Medios Impresos, S.L., Promotora General de*

Revistas S.A. y Box News Publicidad S.L., con una multa de CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS ONCE EUROS (478.611 €), por su responsabilidad en la infracción declarada en el Resuelve Primero de esta Resolución.

Sexto .- Sancionar a Grupo Zeta S.A. y su filial, Ediciones Primera Plana, S.A. con una multa de SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UN EUROS (75.931 €) por su responsabilidad en la infracción declarada en el Resuelve Primero de esta Resolución.

Séptimo.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

SEGUNDO -. En el apartado de hechos "acreditados", la CNC en relación con las partes en el expediente, y hoy recurrentes señala literalmente:

"I. LAS PARTES

GRUPO ZETA. S.A. (ZETA)

1. El Grupo Zeta S.A., es la sociedad matriz de un conjunto de empresas presentes en el sector de los medios de comunicación y participa, entre otras, en el 100% del capital de Ediciones Primera Plana S.A.U., y Zeta Gestión de Medios S.A. Sus actividades principales son:

- la edición de prensa diaria con los diarios Sport, El Periódico de Cataluña, La Voz de Asturias, El Periódico de Extremadura, El Periódico de Aragón, Mediterráneo, Córdoba, Ciudad de Alcoy, El Periódico de Ontinyent y La Crónica de Badajoz,

- la edición de los suplementos Teletodo y Dominical,

- la edición de revistas como Entreviú, Tiempo, Cuore, Woman, Man, Viajar, etc.,

- la comercialización de espacios publicitarios en prensa y otros medios,

- la producción y distribución cinematográfica y televisiva,

- y la edición de libros.

2. El volumen de negocios de las cuatro primeras actividades representó en el año 2008 el [...] del volumen de negocios de ZETA, y el [...] correspondió a los ingresos por venta de espacios publicitarios (folio 89).

Con datos del año 2009, de los ingresos del grupo en concepto de publicaciones periódicas (su venta y la de sus espacios publicitarios tanto en papel como en internet), el [...] procede de la edición y venta y el restante [...] de la venta de espacios publicitarios en dichas publicaciones periódicas (de los que [...] puntos proceden de dominicales o semanales y otros [...] puntos de revistas).

Respecto a los ingresos obtenidos en el negocio de edición y venta de publicaciones corresponde a prensa diaria un [...], a revistas un [...], y a Dominicales o Suplementos el restante [...] restante (folio 15).

De los ingresos obtenidos por venta de espacios publicitarios en publicaciones

periódicas el [...] proviene de soporte papel y el [...] restante procede de internet. Atendiendo al tipo de publicación, el [...] corresponde a prensa diaria, el [...] a dominicales y el [...] restante a revistas (folios 15 y 729).

3. La gestión de espacios publicitarios de ZETA se realiza a través de la empresa "Zeta Gestión de Medios S.A." (participada al 100% por Grupo Zeta S.A.). El volumen de negocios correspondiente a medios propios representa el [...] del volumen de negocios total de esta empresa (folio 634). Los importes cobrados por la empresa comercializadora por su gestión representan el [...] de su volumen de negocio (folio 633). Esta empresa no comercializa espacios publicitarios en Internet, y los ingresos de Grupo Zeta por venta de espacios publicitarios en soporte Internet se realizan a través de Zeta Digital y Corporación Publicitaria.

PROMOTORA DE INFORMACIONES S.A. (PRISA)

4. Promotora de Informaciones, S.A. es la sociedad cabecera de un grupo de empresas presentes en el sector de las comunicaciones cuyas actividades están organizadas en cuatro divisiones:

- Prensa,
- Radio,
- Educación-Editorial y
- Audiovisual

A estas actividades se añade la actividad digital que opera transversalmente en todas las áreas y la actividad de comercialización y marketing.

Esta sociedad tiene, a su vez, el 100% del capital social de Grupo Empresarial de Medios Impresos, S.L. (GMI); Promotora General de Revistas S.A. (a través de GMI); y Box News Publicidad S.L. (a través del Diario El País S.L. y GMI) y el 99,99% de Ediciones El País S.L. (a través de Diario El País S.L.). Grupo PRISA edita los diarios El País, As, y Cinco Días y las revistas Rolling Stone, Cinemanía, Claves, Gentleman, FP, Los 40 y Car. Box News Publicidad, S.L. no obtiene ningún ingreso por venta de espacios publicitarios en revistas.

5. El volumen de negocio de PRISA obtenido a través de la actividad de edición de prensa diaria y revistas representó en 2008 el [...] del volumen de negocios total de Prisa (folio 90). El mismo porcentaje [...] supusieron las actividades digitales y las de comercialización y marketing.

Con datos del año 2009, de los ingresos del grupo en concepto de publicaciones periódicas, el [...] procede de la edición y venta y el restante [...] de la venta de espacios publicitarios en dichas publicaciones periódicas ([...] puntos proceden de dominicales o semanales y el resto de diarios, pues en revistas apenas alcanza el [...]).

Respecto a los ingresos obtenidos en el negocio de edición y venta de publicaciones corresponde a prensa diaria un [...], a revistas un [...], y a Dominicales o Suplementos el restante [...] restante (folio 15).

La venta de espacios publicitarios en dominicales (que no se editan en internet, solo en papel) representó en 2009 el [...] de los ingresos de Prisa en el negocio de las publicaciones periódicas, mientras que la venta de espacios publicitarios en diarios fue el [...] (tres puntos proceden de internet).

En el negocio de edición de prensa, el [...] de los ingresos son de publicaciones en papel y únicamente el [...] de Internet.

El peso de la prensa diaria en el total de ingresos obtenidos es del [...] y el resto corresponde a dominicales, pues las revistas apenas alcanzan al [...] (folio 16). Estos porcentajes se mantienen, tanto si se tienen en cuenta los ingresos totales (venta de publicaciones e ingresos publicitarios) como únicamente los ingresos publicitarios.

6. PRISA tiene encomendada la gestión de la comercialización de espacios publicitarios de prensa (escrita e Internet) a la sociedad de su grupo, Box News Publicidad, S.L. (BOX), que no obtiene ningún ingreso por venta de espacios publicitarios en revistas. El [...] de estos ingresos procede de medios propios y el [...] de los ingresos de prensa en soporte papel (folios 17 y 634). La venta de espacios publicitarios en otros medios (radio, televisión) se realiza a través de otra sociedad del grupo.

7. Los ingresos cobrados por BOX (comisiones) por su actividad de gestión representan el [...] del volumen de negocios de esta empresa (folio 633). Para los diarios As y El País (en soporte papel) los costes de gestión de la publicidad representan el [...] de los gastos de explotación totales (folio 20). "

En cuanto a los hechos que se consideran constitutivos de las conductas anticompetitivas, tal y como son recogidos por la CNC son los siguientes: los Grupos Prisa y Zeta el día 18 de septiembre de 2002 y el día 1 de marzo de 2009 firmaron determinados acuerdos para la comercialización de espacios publicitarios incluidos en los suplementos dominicales de El País y El Periódico respectivamente. Y el día 9 de diciembre de 2009, firman un acuerdo para la comercialización de espacios publicitarios en los referidos diarios.

A continuación se detallan, tal y como lo hace el acto administrativo impugnado, los elementos fácticos relevantes:

1-. El acuerdo de 18 de septiembre de 2002 suscrito por a) Diario El País, S.L. (EL PAÍS) de Grupo PRISA y b) Eje Editores Media S.L. (EDITORA) (Empresa, ya extinguida, participada al 50% por los Grupos Prisa y Zeta para la edición y comercialización del suplemento asociado a los diarios de información general de empresas del Grupo Zeta, denominado "Dominical") para la gestión publicitaria de El País Semanal (EPS) y Dominical (Dominical se distribuye junto a los siguientes diarios: El Periódico de Cataluña, El Periódico de Aragón, La Voz de Asturias, Diario de Córdoba, El periódico de Extremadura, Mediterráneo de Castellón y Ciudad de Alcoy (folio 743) (folios 886 a 892).

En la cláusula primera se establece:

"el objeto es sentar las bases y principios por los cuales EL PAÍS y EDITORA acuerdan llevar a cabo la comercialización conjunta de los espacios publicitarios de EPS y Dominical, lo cual se encomienda en exclusiva a EL PAÍS, de tal forma que será EL PAÍS quien negocie y contrate la publicidad de ambos suplementos. EL PAÍS contratará con

los terceros en nombre y por cuenta propios y abonará a EDITORA la parte de los ingresos derivados de dicha contratación que se establece en la cláusula CUARTA siguiente".

En la cláusula segunda apartado 1 se especifica que **"EL PAÍS comercializará conjunta e inseparablemente , la totalidad de la publicidad de EPS y de El Dominical"**. En el apartado 2 se señala **"EL PAÍS y EDITORA establecerán de común acuerdo, anualmente, los precios, tarifas y presupuestos de los espacios publicitarios "**.

En la cláusula tercera se establece que la duración del contrato será indefinida. Podrá darse por terminado por cualquiera de las partes en cualquier momento mediante notificación a la otra parte con al menos tres meses de antelación.

2.-El acuerdo de 1 de marzo de 2009 suscrito por **a)** Ediciones Primera Plana, S.A. (EPP) de Grupo ZETA y **b)** Promotora General de Revistas, S.A. (PROGRESA) de Grupo PRISA (folios 739 a 756), que sustituye al anterior y modifica la fórmula de asociación para la explotación conjunta del negocio de edición y comercialización de Dominical, que será realizada bajo la modalidad de "Contrato de Cuentas en Participación".

La comercialización de los espacios publicitarios de los anteriores suplementos será contratada en exclusiva con BOX NEWS PUBLICIDAD, S.L. (Grupo PRISA) que al igual que en el contrato de 18 de septiembre de 2002, contratará con terceros y en nombre y por cuenta propios la publicidad de EPS y Dominical y abonará a la Editora de éste último el [...] de las ventas netas contratadas.

Las condiciones de la duración, tarifas, precios y presupuestos de los espacios publicitarios, son similares a las del acuerdo del año 2002 y se establecerán de común acuerdo entre las partes. Se establece la inseparabilidad en la comercialización de los espacios publicitarios de los dominicales El País Semanal y el Dominical, y establecimiento conjunto de los precios.

3.-. El acuerdo de 9 de diciembre de 2009 suscrito por a) PRISA (a través de sus filiales al 100% Ediciones El País, S.L. y Grupo Empresarial de Medios Impresos, S.L.) y **b)** ZETA se firma para (folio 455-485) la creación de una empresa en participación (NEWCO), controlada conjuntamente por sus socios y en la que cada uno de los dos socios dispondría de un 50% del capital social. No consta acreditado en este expediente que se haya creado NEWCO ni que el contrato se haya puesto en marcha.

Las partes que suscriben el acuerdo lo asimilaron a una operación de concentración económica que fue notificada con fecha 20 de enero de 2010 con el número de expediente C/0208/10 (folio 68-132). El Consejo de la CNC en su Resolución de 10 de febrero de 2010 en el expediente C/0208/10 (folios 649-652 y 655-661), resolvió que la empresa en participación no podía desempeñar las funciones de una entidad económica autónoma debido, entre otros factores, a la relación de dependencia respecto de sus socios cuyas publicaciones constituyen la principal fuente de ingresos de NEWCO; y a las obligaciones que se imponen a NEWCO por parte de sus socios que merman su independencia.

La cláusula 1 del acuerdo de socios establece como objeto del mismo *" la gestión de la comercialización publicitaria en medios de prensa escrita, tanto de los socios como de cualesquiera otros grupos editores que operen en el mercado "*. El acuerdo se limita inicialmente a los diarios El País, El Periódico, As, y Sport, aunque las partes

manifiestan su vocación de ampliar la lista a medios propios y de terceros, en soporte escrito y en Internet (folio 459).

La cláusula 3.1.5 del contrato establece el objeto social de NEWCO: "*la intervención en el negocio de contratación de publicidad en todo tipo de medios...*". Aunque este contrato no incluye, al menos inicialmente y de forma explícita, la gestión publicitaria de los dominicales, la cláusula 11.2.4 si se refiere a los dominicales al hablar del reparto de ingresos, como más adelante se detalla.

Se define la gestión y funcionamiento de la empresa, se incorporan cláusulas de suministro exclusivo, de fijación de tarifas y descuentos, de obligación de comercialización conjunta de espacios publicitarios, de transparencia en los precios aplicados de forma individual por cada editor, reparto de mercados, etc.

El convenio contempla el compromiso de ceder en exclusiva a NEWCO, por parte de las sociedades que gestionan actualmente la publicidad de los medios escritos correspondientes a cada grupo y todos los contratos de comercialización publicitaria relacionados en el anexo 1 con la intención de ampliar la lista a otros medios propios y de terceros (folio 461).

En la cláusula 11 del contrato de socios (folios 467-473) se establece la obligatoriedad de comercializar de forma conjunta y sobre la base de una única tarifa los espacios publicitarios de las cabeceras El País y El Periódico por un lado, y As y Sport por otro. Esta obligación supone excluir la publicidad del anunciante que únicamente esté interesado en exponerse en uno de los dos diarios.

La cláusula 11.2.2 regula las condiciones de la publicidad de especiales, suplementos, y ediciones locales de cabeceras de los socios que sean comercializadas por NEWCO bajo la modalidad de **tarifa individual**, señalando que: "*para la publicidad de especiales, suplementos y ediciones locales de las cabeceras de los socios y comercializados por NEWCO, que no se comercialicen bajo la modalidad de tarifa conjunta, las tarifas serán decididas por cada editor y los ingresos corresponderán al editor o al Socio que sea titular del producto en cuestión*".

La cláusula 11.2.4 del acuerdo de socios prevé expresamente la forma de reparto de los ingresos procedentes de la publicidad conjunta de los suplementos semanales de El País (El País Semanal) y de El Periódico (El Dominical), reparto que se realizará en función de un acuerdo preexistente en una cuenta en participación constituida entre las sociedades "Ediciones Primera Plana S.A." de Grupo Zeta y "Promotora General de Revistas S.A." de Grupo Prisa.

NEWCO comercializará la publicidad en nombre de los socios, PRISA y ZETA, y semanalmente liquidará a los socios los ingresos efectivamente percibidos por la venta de la publicidad. En el caso de la publicidad comercializada mediante tarifas conjuntas, se establece un sistema de reparto de los ingresos entre los socios basado en la audiencia y la difusión de los medios de comunicación de los socios (folio 468).

Los ingresos propios de NEWCO derivan de los percibidos por la gestión de la publicidad, y en principio se basarán en una tarifa fija más una variable. En el caso de los ingresos derivados de la gestión de la tarifa conjunta, los mismos se facturarán a los socios conforme al mismo criterio de reparto que se utiliza para liquidar los ingresos por venta de publicidad efectivamente percibidos (folio 471).

El contrato determina una interdependencia entre la condición de socio y los contratos de comercialización aportados, de forma que la rescisión de un contrato de comercialización publicitaria de uno de los medios de un socio, conlleva la pérdida de su condición de socio y a la inversa. La pérdida de condición de socio por este motivo está penalizada con un descuento del 50% sobre el valor neto contable de las participaciones y con la asunción de todos los gastos derivados de la restitución a la situación anterior a su pertenencia a NEWCO, garantizándose al socio cumplidor y a NEWCO total indemnidad al respecto. Estos compromisos garantizan la pervivencia de NEWCO con carácter indefinido.

TERCERO -. La actora en primer lugar considera que ha tenido lugar una errónea definición del mercado relevante, una errónea definición jurídica del acuerdo "Dominicales" por ser un acuerdo de producción conjunta y no de comercialización, no existiendo efectos perniciosos en el mercado por este acuerdo y si beneficios por los mismos.

Se alega la vulneración del principio de tipicidad:

- . Por falta de elemento subjetivo.
- . Por ser manifiestamente de minimis.
- . Por tratarse de un acuerdo de producción conjunta cuyo tratamiento legal implica su falta de tipicidad.
- . Por ser un acuerdo accesorio al acuerdo de comercialización conjunta de los espacios publicitarios es accesorio al acuerdo de edición y comercialización de El dominical.
- . Por ser de aplicación del art. 3 ley 16/89 y 1.3 ley 15/2007 .

Se alega la vulneración del derecho de defensa de los recurrentes al no serles posible en ningún momento presentar alegaciones a la cuantía de la multa ni a la metodología utilizada para imponerla.

Se alega la vulneración del principio de igualdad, y del principio de proporcionalidad por ausencia de intencionalidad, ausencia de efectos, ausencia de reincidencia, ausencia de recursos económicos de los recurrentes. Igualmente por error en el cálculo de las multas, por no consideración de la situación económica de los Grupos Prisa y Zeta.

Finalmente, se alega la vulneración del principio de motivación y que el contrato del año 2002 no puede ser sancionado por encontrarse prescrito.

CUARTO -. Procede examinar en primer lugar la última alegación, relativa a la prescripción del contrato del año 2002.

El examen de la resolución impugnada pone de manifiesto que no se sancionan los hechos como una infracción continuada: en el fundamento de derecho primero se recoge la normativa de aplicación, que es el art. 1 de la ley 15/2007 "que abarcaría desde el año 2002 hasta la actualidad" porque la conducta se inició bajo la vigencia de la ley 16/1989 pero continuó bajo la ley 15/2007.

En el fundamento jurídico segundo se analizan "los acuerdos" que se considera son acuerdos contrarios al art. 1.1 LDC "por su objeto en todos los casos y por sus efectos en el caso de los acuerdos de comercialización conjunta de la publicidad de los dominicales"

No se efectúa distinción alguna en relación con la duración en el tiempo, pues se asimilan "los dos primeros acuerdos, el firmado el 18 de septiembre de 2002 y el 1 de marzo de 2009" añadiendo que este se ha replicado mediante el acuerdo de 9 de diciembre de 2009.

Se señala, con cita de la Dirección de Investigación que el acuerdo " *lleva en funcionamiento del año 2002 por lo que sus efectos restrictivos ya habrían tenido incidencia en el mercado desde esa fecha* ".

Continúa la descripción de las conclusiones de la DI, sin que en este fundamento jurídico segundo se contengan más referencias al acuerdo del año 2002.

En el fundamento jurídico tercero se recogen las alegaciones de las partes, de las que resultan las diferencias puestas de manifiesto entre el acuerdo del año 2002 y los dos del año 2009.

En el fundamento jurídico cuarto se recoge la delimitación de los mercados relevantes afectados, sin diferenciación alguna sobre la situación en el año 2002 y en el año 2009 y para concluir que " *el análisis de afectación de la competencia en este expediente debe realizarse sobre la delimitación de mercados propuesta por la Dirección de Investigación, es decir, sobre la comercialización de espacios publicitarios en la prensa escrita que incluye los suplementos dominicales y los periódicos diarios* ".

Es en el fundamento jurídico quinto cuando se aborda lo que la CNC denomina "la incompatibilidad de la conducta con la LDC" para señalar que las conductas comienzan en el año 2002 " *con un acuerdo que afecta a la comercialización de espacios publicitarios en los suplementos dominicales El País Semanal y El Dominical, que se distribuyen con los diarios El País y el Periódico respectivamente, los domingos. Este tipo de acuerdos se extiende, a finales de 2009, a la comercialización de espacios publicitarios en los periódicos diarios de carácter general El País y El Periódico de Cataluña y de carácter deportivo As y Sport.* "

La resolución continúa señalando:

"Los hechos probados en este expediente revelan que el 18 de septiembre de 2002, las sociedades Diario El País, S.L. (EL PAÍS) de Grupo PRISA y Eje Editores Media S.L. (EDITORIA) firman un acuerdo para la gestión publicitaria de El País Semanal (EPS) y Dominical (folios 886 a 892). Concretamente acuerdan llevar a cabo la comercialización conjunta de los espacios publicitarios de EPS y Dominical, encomendándose en exclusiva a EL PAÍS, de tal forma que será EL PAÍS quien negocie y contrate la publicidad de ambos suplementos. EL PAÍS debía contratar con los terceros en nombre y por cuenta propios y abonar a EDITORA la parte de los ingresos derivados de dicha contratación (HP 36).

En la cláusula segunda apartado 1 se especifica que "EL PAÍS comercializará conjunta e inseparablemente, la totalidad de la publicidad de EPS y de El Dominical". En el apartado 2 se señala "EL PAÍS y EDITORA establecerán de común acuerdo, anualmente, los precios, tarifas y presupuestos de los espacios publicitarios". (HP 37).

El 1 de marzo de 2009 se firma nuevo contrato con idénticas condiciones, en este caso entre BOX (Grupo Prisa) y EDITORA, centrándose también en la comercialización de los espacios publicitarios de los dominicales. (HP 39 y HP 40). "

Continuando con la lectura de este fundamento jurídico, resulta que se considera que es una cooperación entre empresas competidoras que adoptan acuerdos "*aplicados desde el año 2002*" y que los habrían prolongado mediante el acuerdo de 1 de marzo de 2009. Más adelante, siempre dentro del fundamento jurídico quinto, se indica que en el contrato del año 2002 existía una cláusula que impone la obligación de comercializar conjunta e inseparablemente la totalidad de la publicidad de los suplementos dominicales y que esta cláusula se mantiene en el acuerdo de 1 de marzo de 2009, "*directamente en unos e indirectamente en otros*".

En el fundamento jurídico sexto, se razona la imposición de la sanción, y se considera que existe un único acuerdo:

"La valoración realizada por el Consejo de los acuerdos analizados en el presente es que estos deben ser declarados contrarios al artículo 1 LDC , y por tanto deben ser sancionados. Se trata de un acuerdo entre empresas competidoras y un acuerdo en el que hay restricción de oferta y fijación de precios conjunta. Se trata por lo tanto de un acuerdo que cabría calificar formalmente como una infracción muy grave de la legislación de defensa de la competencia."

A continuación se distingue entre la aptitud para afectar la libre competencia, y los efectos producidos, para señalar que el acuerdo de 2002 es el que ha podido desplegar mayores efectos, por su duración, y sin embargo es el que por los productos a los que afecta tiene un menor alcance.

Toda esta exposición permite concluir que se sanciona como una única infracción a tres acuerdos distintos, pero no se considera una infracción continuada, y debe examinarse si en efecto se trata de una única infracción pues solo en caso de considerar que los tres contratos constituyen una consumación progresiva y correlativa de una única conducta cabría concluir que no ha prescrito la conducta llevada a cabo en el año 2002.

Como resulta de las consideraciones de la CNC reproducidas en este fundamento jurídico, no recoge el acuerdo recurrido conclusión alguna sobre la existencia de una unidad de propósito en la puesta en práctica de tres acuerdos que si bien guardan similitudes tienen igualmente considerables diferencias. A tal efecto sería necesario razonar la concurrencia de los elementos que la jurisprudencia ha establecido deben acreditarse para entender que se ha producido una infracción continuada (pluralidad de hechos diferenciales, dolo unitario, falta de autonomía entre las distintas acciones, unidad de precepto infringido, unidad de sujeto activo y homogeneidad de modus operandi) para alcanzar la conclusión de que constituyen una única infracción.

No se ha considerado por la CNC la existencia de una infracción continuada, y no se razona, como se ha comprobado reproduciendo las consideraciones que el acto administrativo recoge al efecto, por qué el acuerdo del año 2002 debe entenderse constituye una única infracción con los dos acuerdos del año 2009. Esto permite tomar en consideración la prescripción de la conducta constituida por el acuerdo del año 2002, en el sentido alegado por la parte actora: la conducta constituida por el acuerdo del año 2002 ha prescrito, porque se sanciona por la posible causación de efectos pero

se establece expresamente su limitado alcance.

Según el artículo 12 LDC (16/1989), *"prescribirán a los cuatro años, las infracciones previstas en este texto legal . El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción..... La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.3. La prescripción también se interrumpe por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar los acuerdos sancionadores."*

Según el art. 68 de la ley 15/2007 :

"1. Las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado.

2. Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las impuestas por la comisión de infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año.

3. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes. "

En el antecedente de hecho primero del acuerdo impugnado se señala:

"El presente expediente se origina con la notificación de operación C/0208/10 ZETA/PRISA/JV, sobre la cual el Consejo resuelve archivar el expediente el 10 de febrero de 2010, a propuesta de la Dirección de Investigación, por considerar que la operación notificada no era una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.c) de la LDC . Con el fin de analizar si las distintas obligaciones contenidas en el acuerdo de socios de 9 de diciembre de 2009, a través del cual se instrumentaba la operación de concentración notificada, podían constituir una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC , el 11 de marzo de 2010, la Dirección de Investigación abrió una información reservada, bajo el número de expediente S/0232/10. "

Resulta en consecuencia, que en la fecha de incoación del expediente sancionador, había transcurrido el plazo de prescripción establecido en la Ley de Defensa de la Competencia, tanto en el texto del año 1989, de aplicación en la fecha de suscripción del acuerdo de 18 de septiembre de 2002, como en el texto del año 2007, de aplicación en la fecha en que se incoa el expediente. Habiendo prescrito la infracción correspondiente a dicho acuerdo, la Sala debe examinar únicamente las conductas que se imputan a la parte actora por la suscripción de los acuerdos del año 2009.

QUINTO -. Procede examinar los restantes motivos de impugnación, en relación con los otros dos acuerdos litigiosos, suscritos ambos en el año 2009.

Para sostener su tesis de que estos acuerdos son "restricciones accesorias" la actora resume los tres requisitos necesarios para que se determine la existencia de restricción

accesoria en el enjuiciamiento de infracciones de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia:

- a) Que guarden relación directa con la realización de una operación principal no restrictiva.
- b) Que su adopción sea necesaria para la formalización del acuerdo
- c) Que sea proporcionada.

Alega que en la Comunicación de la Comisión de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, en su apartado 22.2.3 regula las restricciones accesorias en los siguientes términos:

"28. En el apartado 18 se establece un marco para el análisis de los efectos de un acuerdo y de cada una de sus restricciones en la competencia intermarca e intramarca. Si, a partir de estos principios, se concluye que la principal operación contemplada en el acuerdo no es restrictiva de la competencia, cabe examinar si cada una de las restricciones que contiene el acuerdo son también compatibles con el apartado 1 del artículo 81 por ser accesorias a la operación principal no restrictiva.

29. En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma (37). Cuando un acuerdo, por ejemplo, de distribución o de empresa en participación, atendiendo a sus aspectos fundamentales, no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma (38). Este tipo de restricciones se denominan accesorias. Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Por tanto, el examen de las restricciones accesorias es similar al examen recogido en el apartado 18(2). Sin embargo, el examen de las restricciones auxiliares se aplica en todos los casos en los que la operación principal no sea restrictiva de la competencia (39). No se limita a la determinación de los efectos del acuerdo en la competencia intramarca.

30 . La aplicación del concepto de restricción accesoria debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81, que se refiere a ciertas ventajas económicas producidas por los acuerdos restrictivos y que contrarrestan sus efectos de restricción de la competencia. La aplicación del concepto de restricción accesoria no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia. Esto último se reserva al apartado 3 del artículo 81(40).

31. La evaluación de las restricciones accesorias se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma (41). Si, por ejemplo, el principal objeto de un acuerdo de franquicia no restringe la competencia, tampoco se aplica el apartado 1

del artículo 81 a las restricciones necesarias para el buen funcionamiento del acuerdo, tales como las obligaciones destinadas a proteger la uniformidad y la reputación del sistema de franquicias (42). Del mismo modo, si una empresa en participación no es en sí misma restrictiva de la competencia, se considera que las restricciones necesarias para la aplicación del acuerdo son auxiliares a la operación principal y, por tanto, no se les aplica el apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, en el asunto TPS (43) la Comisión concluyó que la obligación de que las partes no participaran en empresas activas en la distribución y comercialización de programas de televisión por satélite era auxiliar a la creación de la empresa en participación durante la fase inicial. Por consiguiente, se consideró que la restricción quedaba fuera del apartado 1 del artículo 81 durante un período de tres años. Para alcanzar esta conclusión la Comisión atendió a las grandes inversiones y a los riesgos comerciales que comportaba incorporarse al mercado de la televisión de pago."

Las diferentes notas a pie de página que recoge el texto reproducido, remiten a distintas sentencias de los Tribunales Comunitarios:

- En tres ocasiones (notas 37, 39 y 40) se cita la sentencia dictada en el asunto T-112/99 Métropole Télévision (M6) y otros.

- En la nota 38 se cita la sentencia dictada en el asunto C-399/93, Luttikhuis,

- En la nota 41 se cita una decisión de la Comisión.

- En la nota 42, la sentencia dictada en el asunto 161/84 Pronuptia.

En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2011 dictada en el asunto T-112/99 Métropole Télévision (M6) y otros el Tribunal en primer lugar precisa el alcance del concepto de restricción accesoria en derecho comunitario de la competencia, y las consecuencias que resultan de dicha calificación. A continuación, aplica estos principios al supuesto que se le plantea.

La sentencia establece que "*el concepto de restricción accesoria cubre toda restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal y necesaria a tal efecto*".

Con cita de una Comunicación anterior de la Comisión continúa analizando que es una

" restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal " señalando que es "*toda restricción subordinada en importancia a la realización de dicha operación y que implique un vínculo evidente con esta última "*

Finalmente, establece que se entiende por "*necesaria a tal efecto*": en este caso se trata de dos requisitos, la necesidad objetiva de la restricción para la realización de la operación principal en primer lugar, y la proporcionalidad a tal efecto en segundo lugar.

La sentencia continúa sentando las bases para llevar a cabo el análisis de esta cuestión estableciendo varias premisas:

- *El examen del carácter objetivamente necesario de una restricción en relación con la operación principal sólo puede ser relativamente abstracto. No consiste en analizar si, en vista de la situación de competencia en el mercado correspondiente, la*

restricción es imprescindible para el éxito comercial de la operación principal, sino más bien en determinar si, en el contexto particular de la operación principal, la restricción es necesaria para la realización de dicha operación. Si la operación principal resulta difícil de realizar o incluso irrealizable sin la restricción, ésta puede considerarse objetivamente necesaria para su realización.

- Una vez comprobado el carácter objetivamente necesario de una restricción para la realización de una operación principal, ha de comprobarse también si su duración y su ámbito de aplicación material y geográfico no exceden de lo que sea necesario para la realización de dicha operación. Si la duración o el ámbito de aplicación de la restricción sobrepasan lo que resulte necesario para la realización de la operación, aquélla debe ser analizada por separado en el marco del artículo 85, apartado 3, del Tratado.

- Si se comprueba que una restricción está directamente vinculada a la realización de una operación principal y es necesaria a tal efecto, debe examinarse la compatibilidad de dicha restricción, al tiempo que la de la operación principal, con las normas de competencia.

Así, si la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado no es aplicable a la operación principal, lo mismo sucede respecto a las restricciones directamente vinculadas a dicha operación y necesarias para su realización.

Si, en cambio, la operación principal constituye una restricción a efectos de dicha disposición pero se acoge a una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado, dicha exención cubre también las restricciones accesorias mencionadas."

En el supuesto enjuiciado, no se ha acreditado que en el contexto particular de la operación principal, la restricción que recogen los acuerdos del año 2009 fuera necesaria para la realización de la misma:

- En relación con el primer acuerdo del año 2009 (de 1 de marzo) se establece la inseparabilidad en la comercialización de los espacios publicitarios de los dominicales El País Semanal y el Dominical, y establecimiento conjunto de los precios. No hay un único dominical sino dos, y no resulta en modo alguno la pretendida accesoriedad en tal situación.

- En relación con el segundo acuerdo del año 2009 (de 9 de diciembre) la cláusula 11.2.4 del acuerdo de socios prevé expresamente la forma de reparto de los ingresos procedentes de la publicidad conjunta de los suplementos semanales de El País (El País Semanal) y de El Periódico (El Dominical), reparto que se realizará en función de un acuerdo preexistente en una cuenta en participación constituida entre las sociedades "Ediciones Primera Plana S.A." de Grupo Zeta y "Promotora General de Revistas S.A." de Grupo Prisa. Como recoge la resolución impugnada, ni se ha probado cuales serían los costes de la edición individual del dominical comparados con los costes de la edición conjunta, ni se ha valorado la incidencia que tiene en esta operación la distinta configuración empresarial de uno y otro grupo, por la especialización del grupo Zeta en el mundo de las revistas que es más próximo a la edición de un suplemento dominical, ni, en resumen, se ha acreditado que era inviable un dominical individual, y en consecuencia inevitable la comercialización conjunta de los espacios publicitarios.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso.

SEXO -. Se alega por la recurrente la errónea definición jurídica del acuerdo de

Dominicales, por ser este un acuerdo de producción conjunta y no de comercialización. En el escrito de demanda, tras reproducir parcialmente parte del PR, (pags. 38 y 39 del PR,) señala que la CNC fundamenta su decisión en las Directrices de la Unión Europea sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en concreto, con cita de los acuerdos de comercialización conjunta. La parte considera que son acuerdos de producción conjunta de cuya regulación se deriva una consecuencia jurídica diferente, y es que no es típico el acuerdo de dominicales litigioso.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal recogen las siguientes referencias a los acuerdos de comercialización:

"6. ACUERDO

S DE COMERCIALIZACIÓN

6.1. Definición

225. Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos. Este tipo de acuerdos puede tener un alcance muy diferente, en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio. En el otro extremo se encuentran los acuerdos menos ambiciosos que solo afectan a un elemento de comercialización específico, tal como la distribución, el servicio posventa o la publicidad.

228. Convendría también establecer una distinción entre los acuerdos en los que las partes solo acuerdan la comercialización conjunta y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación ascendente, por ejemplo la producción o la compra conjuntas. Al analizar los acuerdos de comercialización que combinan diferentes etapas de la cooperación es necesario determinar basándose en los puntos 13 y 14 el centro de gravedad de la cooperación.

6.2. Mercados de referencia

229. Para evaluar la relación de competencia entre las partes hay que definir los mercados de productos y geográficos de referencia afectados directamente por la cooperación (es decir, los mercados a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo). Dado que un acuerdo de comercialización en un mercado puede también afectar al comportamiento competitivo de las partes en un mercado adyacente que está estrechamente relacionado con el mercado afectado directamente por la cooperación, hay que definir también el mercado adyacente en caso de que exista. El mercado adyacente puede estar relacionado horizontal o verticalmente con el mercado en el que tiene lugar la cooperación."

En los epígrafes 230 a 256 se regula la evaluación con arreglo al art. 101.1

Dada la concreta forma en que se lleva a cabo el acuerdo de diciembre de 2009 es preciso recordar que según la citada Comunicación

"El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares."

De la lectura de la resolución impugnada resulta que siguiendo el criterio de la DI se concluye que *"estos acuerdos pueden ser restrictivos de la competencia por su objeto, pudiendo ser incompatibles, por tanto, con el artículo 1.1. de la LDC , por lo que no sería necesario demostrar sus posibles efectos restrictivos sobre la competencia efectiva. No obstante, (...) se analizarán los efectos restrictivos de los mismos, si bien tampoco en estos acuerdos se disponen de elementos suficientes para cuantificar dichos efectos ."*

Respecto a los efectos, considera la Dirección de Investigación que : *"... éstos se materializan en posibles incrementos de precios (o menores reducciones de los mismos respecto a una situación de competencia entre ambos) y menores posibilidades de elección para el cliente anunciante, que se ve obligado a contratar simultáneamente la publicidad en los dominicales de PRISA y ZETA."*

Y que *" A diferencia del acuerdo de 9 de diciembre de 2009, esta Dirección de Investigación ha constatado que el mismo lleva en funcionamiento del año 2002, por lo que sus efectos restrictivos ya habrían tenido incidencia en el mercado desde esa fecha."* (el subrayado es nuestro).

En cuanto a la naturaleza de los acuerdos del año 2009, se trata a juicio de esta Sala, de acuerdos de cooperación entre empresas para la venta conjunta de la publicidad correspondiente al dominical, que se pretende implementar a través de la constitución de una empresa controlada conjuntamente por las firmantes de los acuerdos. Como alega la recurrente en el caso del suscrito en el mes de diciembre las empresas no se limitan a comercializar juntas la publicidad sino que organizan la producción conjunta del dominical. Es por esto que el análisis de este acuerdo debe realizarse, como señala la Comisión en las citadas directrices, valorando "el centro de gravedad de la cooperación".

La CNC ha valorado el acuerdo de este modo:

"En conclusión, respecto a la naturaleza de los acuerdos cabe concluir lo siguiente. Primero, se trata de acuerdos de comercialización conjunta entre competidores de cierta entidad que incluyen la coordinación entre las partes para fijar los precios del bien objeto de la venta conjunta y también los precios de ventas individuales que puedan comercializar por separado, lo que debe ser calificado como una conducta apta para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado. Segundo, los acuerdos incluyen la obligación para el cliente de insertar sus anuncios en ambas publicaciones, lo que restringe las posibilidades de elección del cliente respecto a la situación previa al acuerdo. Tercero, dada la importante presencia de los grupos en la edición de prensa escrita, no se aprecia la indispensabilidad del acuerdo para que uno de ellos se introduzca en un mercado en el que no estaba presente previamente, aunque esta cuestión será objeto análisis más profundo en sede del artículo 1.3 más adelante."

En cuanto al poder de mercado de las dos empresas que firman los acuerdos, este es fundamental para determinar la capacidad de estos para afectar al mercado de forma significativa. En contra de lo sostenido por la recurrente, hay una parte de la definición del mercado que realiza la CNC que es correcta, pues no puede considerarse un solo mercado el de los medios de comunicación escritos en papel y en internet siendo la trascendencia del negocio de venta de espacios publicitarios en uno y otro radicalmente distinta. Así ha quedado establecido en los precedentes nacionales y comunitarios que se citan por la resolución impugnada, pues efectivamente cada soporte cumple funciones distintas para el anunciante, va dirigido a públicos diferentes, incide de modo distinto y el precio es diferente.

Establecido el mercado, procede analizar la participación en este de las empresas sancionadas, análisis necesario puesto que es la posición respectivamente ocupada en el mismo la que determinará que el acuerdo efectivamente tenga el potencial que se le supone para incrementar, consolidar o mantener la tal posición en el mismo gracias a los acuerdos litigiosos, la CNC concluye que son superiores al 15%, pero teniendo en cuenta un mercado más estrecho superarían el 25%. Todo esto situaría la conducta fuera de los límites establecidos por el art. 5 LDC y el art. 3 RDC para las conductas de menor importancia.

A esto se suma, siempre según la CNC que entre los dos tendrían más de tres millones de lectores cada domingo (superados por el suplemento dominical del grupo Vocento) y que existen otros acuerdos en el sector.

El análisis y la trascendencia de estos datos para valorar, como se ha señalado, el poder de mercado de las empresas recurrente, debe completarse con otros datos que recoge la propia resolución impugnada:

- Los suplementos afectados por los acuerdos de 18 de septiembre de 2002 y 1 de marzo de 2009 representan el 1,3% del negocio de venta de espacios publicitarios de prensa (diaria+suplementos) y el 24% si se toma como referencia únicamente la inversión publicitaria en suplementos (folios 758 y 760).

- El peso de los diarios afectados por el acuerdo de 9 de diciembre de 2009 (As+Sport+Periódico+El País) en el negocio de venta de espacios publicitarios de prensa diaria es del 15% (folio 718).

- La inversión publicitaria afectada por los acuerdos representa el 15,6% de la inversión publicitaria total nacional en prensa diaria y suplementos.

- Finalmente, el peso que representan los ingresos publicitarios de los diarios aportados a NEWCO (inicialmente El País, As, Dominical y Sport) respecto al volumen de negocios de las empresas que gestionan la inversión publicitaria de estos grupos representa el 80% (PRISA) y el 60% (ZETA) (folio 634), mientras que el peso de los ingresos publicitarios de los dominicales respecto de los ingresos publicitarios obtenidos por sus respectivos grupos editores en prensa escrita (folio 758) son 9,6% (El País Semanal/PRISA) y 4% (El Dominical/ZETA).

A la vista del contexto económico descrito y para valorar si la naturaleza de los acuerdos enjuiciados les hace aptos para restringir la competencia, esta Sala considera que el poder de mercado combinado de las dos empresas en el concreto extremo afectado por los contratos no tiene efectivamente el potencial que la CNC le ha

atribuido para afectar el mercado y por el que se imponen las sanciones litigiosas.

A esto se suman las consideraciones que lleva a cabo la propia resolución para concretar que:

- No existen indicios de que se haya ejecutado el acuerdo de 9 de diciembre de 2009 a través del cual se creaba la sociedad en participación, la cual, denegada la solicitud de concentración presentada en su momento, no se habría constituido, ni se habrían aplicado las tarifas conjuntas, es decir: el acuerdo no ha tenido efectos reales sobre la competencia.

- Las cuotas de mercado no son superiores al 15%

- Los acuerdos fueron puestos en conocimiento de la CNC de forma voluntaria por las partes, aunque, como señala la resolución, lo hicieron con la intención de obtener la autorización como operación de concentración.

Estos elementos aisladamente no justificarían la estimación del recurso, pero en su conjunto ponen de manifiesto que el poder de mercado de las empresas condiciona la aptitud de las cláusulas declaradas contrarias a la LDC para afectar la competencia, y los efectos de las mismas son inexistentes.

La conclusión que se obtiene es que los puntos 1 y 7 de la cláusula segunda del anexo 2 del acuerdo de 1 de marzo de 2009 y el acuerdo de 9 de diciembre de 2009 litigiosos no constituyen una infracción al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia, debiendo anularse la resolución impugnada, pues los restantes pronunciamientos del acuerdo enjuiciado son consecuencia de este primero.

SEPTIMO -. En virtud de lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, procede la condena al pago de las costas a la parte demandada.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **PROMOTORA DE INFORMACIONES, S.A. (PRISA), EDICIONES EL PAIS, S.A. (EL PAIS), GRUPO EMPRESARIAL DE MEDIOS IMPRESOS, S.L. (GEMI), PROMOTORA GENERAL DE REVISTAS, S. A. (PGR), BOX NEWS PUBLICIDAD, S.L. (BOX NEWS), GRUPO ZETA, S.A. (ZETA) y EDICIONES PRIMERA PLANA, S.A. (EPP)** contra el Acuerdo dictado el día 24 de noviembre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos. Con condena a la Administración al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.