



Roj: **SAN 1138/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1138**

Id Cendoj: **28079230062022100101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/03/2022**

Nº de Recurso: **47/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000047 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 228/2016

Demandante: ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **47/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de **ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la Resolución sancionadora dictada en fecha 12 de noviembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente SNC/0039/15, ATRESMEDIA. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que:

"dicte en su día sentencia estimatoria de dicho recurso contencioso administrativo, por cuya virtud:

Primero. Declare la nulidad de la resolución del Consejo de la CNMC de 12 de noviembre de 2015 en su integridad.

Segundo. Con carácter subsidiario respecto de la pretensión anterior:

i. Declare la nulidad del apartado número primero de la parte dispositiva de dicha resolución, en lo referente a la infracción del artículo 62.4 c) de la LDC derivada del incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros, con la correspondiente revisión del importe de la sanción dispuesto en el apartado segundo de la parte dispositiva de la citada resolución.

ii. Declare la nulidad del apartado número primero de la parte dispositiva de dicha resolución, en lo referente a la infracción del artículo 62.4 c) de la LDC derivada del incumplimiento del apartado c) de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros, con la correspondiente revisión del importe de la sanción dispuesto en el apartado segundo de la parte dispositiva de la citada resolución.

iii. Declare la nulidad del apartado segundo de la parte dispositiva de dicha resolución en lo que tiene que ver con la cuantificación de la sanción, y reduzca el importe de la sanción conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito, o bien ordene a la CNMC que proceda a calcular la sanción nuevamente de modo conforme a Derecho".

SEGUNDO. El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 17 de noviembre de 2021.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo la entidad ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. impugna la resolución sancionadora dictada en fecha 12 de noviembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente SNC/0039/15 ATRESMEDIA.

La resolución impugnada tiene el siguiente contenido dispositivo:

"PRIMERO. Declarar acreditado el incumplimiento de las condiciones primera, tercera y cuarta (esta última en relación con los mercados de comercialización de contenidos) a las que se subordinó la operación de concentración C/0432/12, ANTENA 3/LA SEXTA, incumpliendo lo establecido en los resuelve primero y segundo de la resolución de 13 de julio de 2012 del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia y lo estipulado en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4 c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a ATRESMESDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.

SEGUNDO. Imponer a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. una sanción de dos millones ochocientos mil euros (2.800.000 euros), de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 c) del artículo 63 de la LDC.

TERCERO. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución y prosiga la vigilancia del expediente VC/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA".

SEGUNDO. Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos:

1. Mediante resolución de 13 de julio de 2012, dictada en el marco del expediente de control de concentraciones C/0432/12, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNM) autorizó la operación de concentración consistente en la adquisición por Antena 3 de Televisión, S.A.U. de Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A.



2. La resolución de 13 de julio de 2012 dictada por el Consejo de la CNC supeditaba la autorización de la citada operación de concentración al cumplimiento de una serie de condiciones.
3. Posteriormente, el Acuerdo de 24 de agosto de 2012 dictado por el Consejo de Ministros modificó parcialmente las condiciones impuestas por el Consejo de la CNC en la resolución de 13 de julio de 2012. Las condiciones impuestas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 estaban relacionadas con los mercados de publicidad en televisión, de televisión en abierto, de adquisición de contenidos audiovisuales y con determinadas obligaciones de aportación periódica de información que tenían como objetivo posibilitar la vigilancia del cumplimiento de las condiciones impuestas. El Acuerdo de Consejo de Ministros encomendó a la Dirección de Investigación la vigilancia del cumplimiento de dichas condiciones.
4. En cumplimiento del mandato contenido en el Acuerdo de Consejo de Ministros, la Dirección de Competencia realizó, en el marco del expediente de vigilancia VC/0432/12, las labores de vigilancia del cumplimiento de las condiciones contenidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros. Y en las labores de vigilancia llevadas a cabo en el Expediente de Vigilancia, la Dirección de Competencia elaboró, en primer lugar, una propuesta de informe parcial de vigilancia de fecha 15 de octubre de 2014 y, seguidamente, un nuevo informe parcial de vigilancia de fecha 6 de febrero de 2015, elevado posteriormente al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia llegando a la conclusión de que Atresmedia habría incumplido determinadas condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros.
5. En el marco del Expediente de Vigilancia, el Consejo de la CNMC dictó, con fecha 6 de mayo de 2015, una resolución en virtud de la cual se declaraba, por un lado, la existencia de indicios de incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros relacionada con el mercado de publicidad en televisión y, por otro lado, el incumplimiento por parte de Atresmedia de las condiciones tercera y cuarta del Acuerdo de Consejo de Ministros, relacionadas, respectivamente, con el mercado de adquisición de contenidos audiovisuales y con determinadas obligaciones de aportación periódica de información a la CNMC, y se instaba a la Dirección de Competencia para que incoara expediente sancionador contra Atresmedia. Esa resolución se impugnó ante esta sección de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que se tramitó en el PO 423/2015 en el que se dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2017 que se revocó por el Tribunal Supremo mediante sentencia dictada en fecha 25 de noviembre de 20220 (rec. casación nº 7594/2019) confirmándose así el acuerdo dictado en el expediente de vigilancia.
6. En cumplimiento del mandato del Consejo de la CNMC, la Dirección de Competencia procedió, con fecha 22 de mayo de 2015, a incoar un expediente sancionador contra Atresmedia, SNC/DC/0039/15, tendente a determinar si había realizado conductas tipificadas como infracción en el artículo 62.4 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como consecuencia de los incumplimientos de las condiciones fijadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros advertidos en la resolución de 6 de mayo de 2015.
7. Con fecha 25 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia formuló propuesta de resolución en la que se consideró acreditado el incumplimiento por Atresmedia de las condiciones primera, tercera y cuarta del Acuerdo del Consejo de Ministros relacionadas con los mercados de publicidad en televisión y con los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales así como con el cumplimiento de determinadas obligaciones de aportación periódica de información a la CNMC. Y, en consecuencia, la Dirección de Competencia propuso al Consejo de la CNMC que se declarara a Atresmedia responsable de la infracción prevista en el artículo 62.4 c) de la LDC.
8. El Consejo de la CNMC adoptó con fecha 12 de noviembre de 2015 la resolución que puso fin al expediente sancionador en la que se declaró el incumplimiento por parte de Atresmedia de las condiciones primera, tercera y cuarta del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 y, en consecuencia, le impone una sanción de multa por importe de 2.800.000 euros.

TERCERO. La entidad recurrente, ATRESMEDIA, solicita en su escrito de demanda la nulidad de la resolución sancionadora impugnada efectuando las siguientes consideraciones:

1. Se ha vulnerado su derecho de defensa porque la resolución sancionadora ahora impugnada viene predeterminada por el previo pronunciamiento efectuado por la CNMC en el Expediente de Vigilancia.
2. Se ha vulnerado su derecho de defensa porque en la propuesta de resolución del expediente sancionador se ha omitido la concreta y específica cuantía de multa que como sanción se le podía imponer.
3. Niega el incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros y considera que la sanción impuesta por este motivo vulnera el derecho a la presunción de inocencia, la libertad empresarial de Atresmedia, así como el principio de tipicidad en la aplicación de la ley.



4. Se ha vulnerado su derecho de defensa, así como del derecho de presunción de inocencia en cuanto que, no se le ha dado acceso a los documentos utilizados por la CNMC para declarar el incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros.
5. Niega el incumplimiento de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros.
6. Falta de motivación y vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto a la determinación de la cuantía de la sanción de multa que vulnera su derecho de defensa.

CUARTO. Como venimos diciendo, en la resolución ahora impugnada se ha sancionado a la entidad recurrente ATRESMEDIA porque, según la CNMC, es responsable de la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC que tipifica como tal: *"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"*. Y en este caso, la CNMC ha entendido que la entidad recurrente ha incumplido las obligaciones fijadas en los apartados b), c) y e) de la condición primera, así como las obligaciones recogidas en las condiciones tercera y cuarta fijadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 que autorizaba la operación de concentración, pero condicionada al cumplimiento de diversas condiciones.

Uno de los motivos de oposición que invoca la recurrente es que se le ha sancionado sin que se siguiera un procedimiento sancionador, ya que el incumplimiento que se le ha imputado se ha detectado en un procedimiento anterior de vigilancia en el que se había concluido que debía incoarse respecto de ATRESMEDIA un procedimiento sancionador por incumplimiento al existir indicios de incumplimiento de las condiciones primera, tercera y cuarta fijadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros. Y el recurrente, en este sentido, señala que ese procedimiento sancionador es nulo por cuanto que no ha existido una fase de instrucción que permitiera acreditar ese incumplimiento puesto que la DC se ha limitado a recoger las conclusiones que sobre este extremo se contenían ya en el procedimiento de vigilancia.

Esta Sala no comparte la tesis de la recurrente. La resolución sancionadora ahora impugnada se ha dictado en un procedimiento sancionador que se ha tramitado con todas las garantías propias de un procedimiento sancionador en el que se ha concluido que la conducta realizada por la recurrente era constitutiva de la infracción muy grave antes referida. Es cierto que el procedimiento sancionador ahora analizado se ha iniciado como consecuencia de que la CNMC en un procedimiento anterior de vigilancia entendió que existían "indicios de incumplimiento" y que, por ello, debía incoarse un procedimiento sancionador con el fin de acreditar la existencia de ese incumplimiento más allá de los indicios inicialmente advertidos. No obstante, esa declaración de que existían "indicios de incumplimiento" no ha vinculado ni tampoco ha predeterminado la resolución final del procedimiento sancionador en el que se ha respetado el derecho de defensa del afectado permitiéndole efectuar alegaciones y proponer pruebas con el fin de que pudiera desvirtuar las razones que habían determinado la incoación del expediente sancionador.

No entendemos que sea motivo de nulidad del procedimiento sancionador el hecho de que la DC no haya realizado ninguna actuación instructora distinta de las que ya se realizaron en el procedimiento de vigilancia siempre que, como así ha sucedido, se conceda al afectado tramite de alegaciones y de prueba respecto de los incumplimientos que han determinado la referida incoación del expediente sancionador. Y ello porque la decisión adoptada en el expediente de vigilancia no implica, como así sostiene el recurrente, que ya se le ha sancionado por incumplimiento en ese procedimiento de vigilancia; al contrario, se le ha sancionado en un procedimiento sancionador en el que se han seguido los tramites propios del procedimiento sancionador y así consta que tras la incoación se ha dado traslado al recurrente para que, a la vista de la citada incoación por incumplimiento, pudiera efectuar las alegaciones oportunas en su defensa así como aportar prueba que pudiera desvirtuar ese incumplimiento que se le estaba imputando y que había determinado la incoación del expediente sancionador.

Sobre la vinculación entre los indicios de incumplimiento detectados en un procedimiento de vigilancia y el procedimiento sancionador que se incoa en virtud de esos indicios detectados en el procedimiento de vigilancia se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 8 de mayo de 2018 (recurso de casación nº 527/2016) en la que se analizó la naturaleza de la declaración de incumplimiento detectado en un procedimiento de vigilancia. Y entendió que la declaración de incumplimiento recaída en el curso del expediente de vigilancia, al amparo de la previsión del artículo 42 del Real Decreto 261/2008, es una *"apreciación circunscrita al momento en que se dicta"*, en palabras del Tribunal Supremo; y, además, tiene una *"evidente naturaleza provisional"*.

Concretamente se decía:



"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 considerarse que tenga por objeto la determinación de si se ha incurrido en la infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

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 del 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 del 62.4.c).

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

Tesis que reitera el Tribunal Supremo en sentencias posteriores como la dictada en fecha 4 de febrero de 2020 en el recurso de casación nº 5945/2018 en la que se dice: "En nuestra sentencia de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016) citada tanto por la sentencia impugnada como por las partes recurrentes y recurridas, analizamos la regulación del procedimiento de vigilancia del cumplimiento de las resoluciones y acuerdos de la CNMC, contenida en los artículos 41 de la Ley 17/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y artículo 42 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y en interpretación de dichos preceptos mantuvimos que el procedimiento de vigilancia, que no tiene carácter sancionador, 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. En el marco de este limitado alcance, de verificación del estado de cumplimiento de una obligación, la conclusión natural del procedimiento será una declaración de cumplimiento o incumplimiento, y en caso de constatarse un incumplimiento, el órgano regulador podrá instar o incentivar el cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia con imposición de multas coercitivas, sin que por el contrario los resultados del

procedimiento de vigilancia, en especial la declaración de incumplimiento, que es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta, impliquen necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción descrita en el artículo 62.4.c de la LDC ".

Igualmente se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 25 de noviembre de 2020 (recurso casación nº 7594/2019) respecto de la resolución dictada por la CNMC en el expediente de vigilancia en el que se consideró que existían indicios de incumplimiento por parte de ATRESMEDIA precisamente en relación con las condiciones fijadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 en el expediente C/0432/12. Y en dicha sentencia se dice:

" La Sala reitera el criterio jurisprudencial mantenido en sus sentencias precedentes de 8 de mayo de 2018 (recurso 527/2016), 22 de mayo de 2019 (recurso 663/2019) y 4 de febrero de 2020 (recurso 6404/2018), con el contenido siguiente:

"La declaración de incumplimiento realizada en un procedimiento de vigilancia de Defensa de la Competencia, tiene un alcance limitado (verificar el estado de cumplimiento de una obligación) y circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento, y tiene por finalidad incentivar el cumplimiento de la obligación. Pero dicho pronunciamiento no prejuzga el resultado de un posterior procedimiento sancionador ni implica la declaración de una responsabilidad por la comisión de una infracción, específicamente la existencia de una infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia ."

En definitiva, según la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que el incumplimiento detectado en un expediente de vigilancia suponga la comisión de la infracción tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC tiene que acreditarse así en un procedimiento sancionador en el que se analizará la acreditación tanto del elemento objetivo del incumplimiento como del elemento subjetivo que implica la comisión de la infracción citada. Y será la culpabilidad del sancionado, incluso a título de simple inobservancia, lo que permitirá concluir que el incumplimiento detectado en un expediente de vigilancia puede, además, integrar el tipo infractor previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC lo que implica que, en el procedimiento sancionador que se incoe deberán acreditarse ambos elementos.

En definitiva, no podemos concluir que el procedimiento sancionador sea nulo porque se haya acordado su incoación apoyándose en los indicios de incumplimientos detectados en el expediente de vigilancia y, además, la CNMC haya considerado en el expediente sancionador que no había nada más que investigar ni acreditar sobre ese incumplimiento puesto que, a diferencia de lo que refiere la recurrente, eso no supone que se haya prescindido de las garantías propias de un expediente sancionador cuando, como es el caso, se ha reconocido al implicado el uso de diversos trámites para el ejercicio de su derecho de defensa.

QUINTO. Por otra parte, la mercantil recurrente señala que se le ha ocasionado indefensión en el procedimiento sancionador porque no se le permitió presentar alegaciones sobre el importe de la sanción en la propuesta de resolución.

Dicha alegación no puede prosperar porque conforme a lo dispuesto por el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, relativa al contenido mínimo de la propuesta de resolución, la DI debe determinar la responsabilidad que corresponda a cada uno de los autores de la infracción declarada acreditada, los efectos que en su caso ha producido la infracción en el mercado y las circunstancias agravantes y atenuantes que a su juicio concurren, cuestiones todas ellas que se contienen en la propuesta de resolución formulada en este expediente, pero en absoluto viene obligada a elevar al Consejo una propuesta concreta e individualizada de sanción, cuya ausencia, por tanto, no puede generar indefensión.

Es decir, el artículo 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia no impone que la propuesta de resolución contemple una sanción concreta y, en este sentido, esta Sala ya se ha pronunciado en la sentencia dictada en fecha 11 de diciembre de 2012 rec. nº 6/2012 que:

"En cuanto al hecho de no haber incluido el Informe propuesta una sanción precisa, hay que indicar que la determinación de la multa es una competencia que corresponde exclusivamente al órgano sancionador, y en ningún caso a la Dirección de Investigación que, es el órgano instructor del expediente al que le corresponde elaborar una propuesta cuyo contenido determina el artículo 34 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que señala que "la propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Cuando la



Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución".

Por tanto, ningún precepto se exige que en la propuesta de resolución se fije una propuesta relativa a la cuantía de la sanción de multa que pueda imponerse. Y como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 18 de junio de 2008 asunto T-410703 Hoechst GMBH.c Comisión: *"Por lo que respecta más concretamente al cálculo del importe de los multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia». Al actuar así, la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa"* (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión [TJCE 2005, 194], citada en el apartado 344 supra, apartado 428; véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 [TJCE 2002, 115], LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 199 y jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon/Comisión, citada en el apartado 118 supra, apartado 139; véase igualmente en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 21)."

SEXTO. Corresponde ahora analizar si efectivamente concurre en la conducta de la recurrente el tipo infractor previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC que considera infracción muy grave: *"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"*.

Concretamente, la resolución sancionadora impugnada acuerda: *"Declarar acreditado el incumplimiento de las condiciones primera, tercera y cuarta (esta última en relación con los mercados de comercialización de contenidos) a las que se subordinó la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, incumpliendo lo establecido en los resuelve primero y segundo de la Resolución de 13 de julio de 2012 del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia y lo estipulado en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A."*

Conviene centrar cuales fueron las condiciones a las que se sometió la operación de concentración que, a juicio, de la CNMC se han incumplido y que han determinado la imposición de la sanción de multa ahora recurrida.

En el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 dictado en el expediente C/0432/12 al autorizar la operación de concentración ANTENA 3/LA SEXTA fija una serie de obligaciones y de condiciones que debían cumplirse.

Iniciamos el análisis respecto del incumplimiento que, según la CNMC, afectó a la condición primera, en sus apartados b), c) y e), y que imponía las siguientes obligaciones en relación con el mercado de publicidad en televisión:

Apartado b): *"La entidad resultante no podrá comercializar mediante una misma oferta comercial la publicidad o cualquier otra forma de comunicación comercial televisiva de los dos canales en abierto de mayor audiencia de entre los que gestiona"*.

Apartado c): *"La entidad resultante no podrá comercializar productos publicitarios televisivos que incluyan canales de televisión en abierto cuya audiencia conjunta sea superior a 22%. A efectos de determinar cuál es la audiencia de cada canal, cada seis meses se tomará en cuenta la audiencia media del mismo en el semestre inmediatamente anterior, según los datos suministrados por la empresa KANTAR MEDIA (o la empresa que le sustituya en las funciones de medición de audiencia televisiva en España), referidos a la "audiencia total día", "total individuos" y "total España". De cara a esta obligación, se considerará que el primer semestre de referencia para calcular la audiencia media tiene lugar entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de junio de 2012"*.

Apartado e): *"La entidad resultante no podrá desarrollar políticas comerciales y, en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes o agencias de medios de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión. La entidad resultante ofrecerá la posibilidad de comprar cualquier combinación de los canales que gestiona, teniendo el cliente la absoluta libertad para distribuir su inversión como estime conveniente según sus necesidades de comunicación. La entidad resultante garantizará en cada período comercial la existencia de una oferta suficiente de paquetes que aseguren de manera efectiva el cumplimiento de este objetivo. Cada paquete tendrá un precio y un target*



de negociación, en función de la audiencia y del mercado. Los precios de cada paquete comercial serán independientes unos de otros y, por tanto, serán objeto de negociaciones diferentes".

La CNMC, en la resolución impugnada, considera acreditado el incumplimiento de la citada condición indicando que: "... en lo que se refiere a la condición primera, relacionada con el mercado de publicidad televisiva, se ha producido un incumplimiento de las citadas condiciones consistente en la vinculación de facto de los dos canales de mayor audiencia que supondría un incumplimiento de los compromisos expuestos en las letras b), c) y e) de la condición primera". Y en relación con los apartados b) y c) de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros, la CNMC añade que: "Ambos compromisos pretendían posibilitar que los anunciantes puedan seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante, como sucedía con anterioridad a la operación. Asimismo, se pretendía limitar la dimensión máxima de los paquetes de publicidad televisiva ofertados por ATRESMEDIA, a un nivel que se estima adecuado para evitar que la publicidad televisiva de ATRESMEDIA se convierta en indispensable". Y en lo que se refiere al apartado e) de la condición primera, la CNMC indicaba que: "Las condiciones anteriores se complementaron con el compromiso expuesto en la letra e) mediante el que ATRESMEDIA, como entidad resultante de la fusión, se comprometía a no desarrollar políticas comerciales, y en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión, para así impedir que de facto se imponga la contratación conjunta de la publicidad de todos los canales de televisión cuya publicidad gestione ATRESMEDIA".

Continua la CNMC diciendo que: "... de la información recabada durante el periodo de vigilancia e instrucción del procedimiento sancionador, ha quedado acreditado, que, aunque formalmente los dos paquetes que incluyen los dos principales canales se comercializan de forma independiente, ATRESMEDIA habría llevado a cabo una venta vinculada de estos dos principales paquetes para un número significativo de anunciantes y campañas publicitarias, lo que supone un incumplimiento de la condición primera". Y además que: "... se pretendía limitar la dimensión máxima de los paquetes de publicidad televisiva ofertados por ATRESMEDIA, a un nivel que se estima adecuado para evitar que la publicidad televisiva de ATRESMEDIA se convierta en indispensable".

En definitiva, la CNMC concluye que la recurrente ha incumplido la referida condición primera ya que, a su juicio, ha quedado acreditada la vinculación de facto de los dos principales canales de Atresmedia como se deduce del análisis conjunto de diversos indicios tales como (i) contratación mayoritaria de los dos paquetes comercializados en lugar de la contratación de canales individuales; (ii) precios más elevados para contratar canales individuales que paquetes de canales; (iii) emisión de publicidad en pauta única; (iv) negociación simultánea de ambos paquetes de canales; (v) cuotas de inversión publicitaria en el grupo muy elevadas por parte de una parte significativa de anunciantes y cierta estabilidad en dichas cuotas a pesar de producirse en ciertas campañas variaciones significativas en cada uno de los paquetes contratados; (vi) existencia de extraprimas pagadas a las agencias de medios y (vii) existencia de penalizaciones en caso de incumplimiento de inversión pactada. Indicios que se han obtenido de las contestaciones dadas por los anunciantes de publicidad a las diversas preguntas dirigidas por la DC como requerimientos de información.

Por el contrario, la recurrente niega:

1. El incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros porque no ha comercializado en un mismo paquete comercial o producto publicitario los espacios publicitarios de Antena 3 y La Sexta que son los canales en abierto con mayor audiencia que gestiona Atresmedia. Refiere que para Antena 3 ofrecía el paquete comercial denominado "Atresmedia Cobertura" (paquete compuesto también por Nova) mientras que, para La Sexta ofrecía el paquete comercial llamado "Atresmedia Afinidad". Asimismo, señala que no ha ofertado productos publicitarios con una audiencia media superior al 22% como, a su juicio, se desprende de los certificados de Kantar Media aportados.

2. Considera que la CNMC se ha extralimitado en cuanto que ha interpretado el apartado e) de la condición primera fijada por el Acuerdo del Consejo de Ministros con arreglo a conductas de su política comercial de publicidad que no tuvo en cuenta el Consejo de Ministros, sino en base a las condiciones que el Consejo de la CNC había fijado en la resolución de 13 de julio de 2012 por la que se autorizaba la operación de concentración económica pero que, como no se acogieron por el Consejo de Ministros, debe entenderse que quedaron sin efecto al dictarse el Acuerdo del Consejo de Ministros cuyos condicionantes son los únicos que está obligada a cumplir. A su juicio, la CNMC ha realizado una interpretación desmedida del citado apartado lo cual infringe el derecho a la libertad de empresa, así como el principio de tipicidad. En este sentido refiere que la intervención del Consejo de Ministros en la operación de concentración de Antena 3/La Sexta vino precisamente motivada por la necesidad de garantizar, en el sentido indicado por el artículo 10.4 f) de la LDC, "un adecuado mantenimiento de los objetivos de regulación sectorial". Así, el Consejo de Ministros llegó a la conclusión, tras valorar la operación de concentración entre Antena 3 y La Sexta, de que existían una serie de objetivos sectoriales, además del relacionado con la Defensa de la Competencia, que debían ser protegidos. Se



tratan de los objetivos de regulación sectorial que: "... derivan tanto de lo dispuesto en el conjunto de Directivas que constituyen el denominado "Paquete telecom", incorporadas a nuestro ordenamiento por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (en adelante, "Directiva de servicios audiovisuales"), incorporados a través de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual". La protección de estos objetivos motivó, mediante las facultades que le conceden los artículos 10.4 y 60.3 de la LDC, la eliminación por el Consejo de Ministros de una serie de obligaciones reflejadas en la condición primera de la resolución de 13 de julio de 2012 (se trata de las obligaciones impuestas por la CNMC en los apartados b), segundo párrafo del f), g), l) y o)). Y Atresmedia considera que la CNMC ha utilizado el contenido del apartado e) de la condición primera para, en la práctica, aplicar las condiciones dispuestas en la condición primera de la resolución de 13 de julio de 2012 que fueron eliminadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros. Al declararse el incumplimiento de la condición primera sobre la base de una serie de criterios del mercado de publicidad de televisión que se corresponden con las obligaciones contenidas en la condición primera de la resolución de 13 de julio de 2012, lo que la CNMC ha hecho es dejar sin efecto las modificaciones introducidas por el Acuerdo del Consejo de Ministros, en el uso de las facultades que la LDC le atribuye como propias, para aplicar el contenido de las obligaciones de la condición primera de la resolución de 13 de julio de 2012.

3. Se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por cuanto que no ha tenido conocimiento de todas las respuestas dadas por los anunciantes de publicidad a los requerimientos de información efectuados por la DC ya que únicamente se le ha remitido la Versión no confidencial en la que la CNMC designa con números a los anunciantes de publicidad y, además, no ha recogido en su totalidad sus respuestas sino un extracto de las mismas y ello, a juicio de la recurrente, le ha ocasionado indefensión por cuanto desconoce las pruebas de cargo en que se ha basado la CNMC para sancionar.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones efectuadas por cada una de las partes enfrentadas en relación con el incumplimiento de la condición primera antes referida relacionada con el mercado de publicidad en televisión, esta Sala inicia el análisis atendiendo en primer lugar a la alegación de la recurrente que considera que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia así como su derecho de defensa por cuanto, a su juicio, la CNMC le ha sancionado en virtud de pruebas de cargo a las que no ha tenido acceso en su integridad, sino únicamente a través de una versión conjunta no confidencial que agrupa las respuestas de todos los anunciantes de publicidad que se ha elaborado por la CNMC.

No se discute que la información en la que la CNMC sustenta el incumplimiento de la condición primera procede de las contestaciones efectuadas por los veinte anunciantes de publicidad a las diferentes cuestiones planteadas por la DC como requerimientos de información en el expediente de vigilancia. Concretamente, la constatación relacionada con que se produce una contratación mayoritaria de los dos paquetes comercializados en lugar de la contratación de canales individuales se basa en las contestaciones de los anunciantes a la cuestión 2.3 de los requerimientos de información; la emisión de publicidad en pauta única y el correspondiente encarecimiento de costes y pérdida de afinidad a los que la CNMC se refiere, se basa en la información de los anunciantes a la cuestión 2.3; la negociación simultánea de ambos paquetes de canales viene corroborada en las contestaciones de los anunciantes a las cuestiones 3.6 y 3.7; la constatación de cuotas de inversión publicitaria en el grupo muy elevadas por parte de una parte significativa de anunciantes y cierta estabilidad en dichas cuotas a pesar de producirse en ciertas campañas variaciones significativas en cada uno de los paquetes contratados es información que se halla en las contestaciones de los anunciantes a las cuestiones 2.1, 2.2, 2.4, 3.1 y 3.7; y la existencia de penalizaciones en caso de incumplimiento de inversión pactada es información que los anunciantes habrían facilitado en la contestación a las cuestiones 3.4 y 3.7.

Es decir, a juicio de la recurrente, la práctica totalidad de la información en la que la CNMC se basa para concluir el incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros se apoya en las contestaciones dadas por los anunciantes de publicidad a los requerimientos de información solicitados por la DC y, sin embargo, según así expone, no ha tenido acceso en ningún momento a las contestaciones dadas por los veinte anunciantes a los que la CNMC formuló preguntas como requerimientos de información en el expediente de vigilancia ni tampoco ha tenido acceso a versiones censuradas de las contestaciones de los anunciantes, ni siquiera a las que fueron facilitadas por algunos de los propios anunciantes junto con sus contestaciones.

En este caso, la CNMC con las respuestas dadas por los anunciantes de publicidad elaboró "de oficio una versión conjunta no confidencial que agrupa las respuestas de todos los anunciantes mencionados" y se dio traslado a la recurrente del documento denominado "Versión no confidencial respuestas anunciantes requerimientos de información de 23 de mayo, 2 y 9 de junio de 2014".



Es decir, la CNMC ha otorgado un tratamiento confidencial a las respuestas e información aportada por los anunciantes de publicidad elaborando un documento censurado que ha justificado en la resolución impugnada diciendo que: *"En relación con el presente expediente y, en concreto con la información cuyo acceso se solicita, esto es las versiones originales de las contestaciones donde consta la identidad de los anunciantes, cabe señalar que la misma cumple con los requisitos y criterios fijados en la Comunicación citada para ser declarada confidencial, ya que se refiere, por un lado, a un dato cuya revelación podría perjudicar las relaciones de los anunciantes con ATRESMEDIA, máxime teniendo en cuenta la estructura duopolista de este mercado, y por otro lado, resulta una información que carece de valor probatorio significativo, ya que la determinación de los hechos han derivado del contenido de las respuestas de los anunciantes y no de su identidad, así como de otra información recabada por la DC a lo largo de la instrucción del expediente. Por tanto, la identidad de los anunciantes encajaría perfectamente en la categoría de información confidencial considerada en las citadas Directrices..."*.

Por el contrario, la recurrente señala que esa versión no confidencial proporcionada por la CNMC no le permite ejercer su derecho de defensa porque: (i) no resulta posible conectar cada una de las respuestas incluidas en el documento elaborado por la CNMC a un anunciante determinado de entre los veinte anunciantes a los que se plantearon requerimientos de información porque se ha dado un número de forma aleatoria a cada uno de los anunciantes impidiendo así su identificación; y (ii) se desconoce qué información de las contestaciones dadas por los anunciantes se ha excluido por la CNMC así como qué información que pudiera ser favorable para los intereses de Atresmedia, relacionada con el adecuado cumplimiento de las obligaciones de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros, ha podido quedar excluida porque la propia CNMC ha realizado, además, en esa versión no confidencial ciertas aclaraciones para facilitar la comprensión de las respuestas literales para las que pudiera haber dudas de comprensión.

Por otra parte, la recurrente refiere que la información aportada por los anunciantes en el expediente de vigilancia no puede tener el tratamiento confidencial que le ha dado la CNMC porque no concurren los supuestos previstos para ello ni en el artículo 42 de la LDC ni en la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo.

Y, por todo ello, la recurrente concluye que, al haberse declarado tal información como confidencial e incluirla en una versión del expediente inaccesible para la mercantil sancionada, se ha vulnerado, a su juicio, tanto el artículo 42 de la LDC como su derecho de defensa por cuanto que se ha visto privada de la oportunidad de conocer y de rebatir una prueba de cargo que ha sido esencial en el procedimiento sancionador para acreditar el incumplimiento de la condición primera analizada.

Debemos así examinar si las respuestas dadas por los anunciantes de publicidad así como su identidad pueden tener la consideración de confidenciales, como ha entendido la CNMC, porque si ello fuera así sería difícil apreciar, entonces, la vulneración del derecho de defensa de la recurrente al conocer solo una parte de las pruebas de cargo.

El artículo 42 de la LDC dispone: *"En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado".* Y el apartado 23 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente señala que: *"No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión".*

Según la recurrente, la información aportada por los anunciantes en la medida en que es una información que deriva de las relaciones comerciales entre dichos anunciantes y la propia Atresmedia no puede considerarse ni secreto comercial ni confidencial y, por tanto, se le debió facilitar esa información de forma íntegra y no solo la versión no confidencial elaborada por la propia CNMC. Asimismo, según expone la recurrente, la información aportada por los anunciantes tampoco puede ser calificada como confidencial si se tiene en cuenta el apartado 21 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente, en el que se señala que la información que tenga carácter de secreto comercial se considerará confidencial *"(...) cuando la persona o empresa en cuestión haya presentado una solicitud a este efecto y dicha solicitud haya sido aceptada por la Comisión"*. Y, según la recurrente, al menos, la CNMC debió haber dado a conocer la información de todos aquellos anunciantes - de veinte, al menos, dieciséis- que en el expediente de vigilancia no solicitaron la confidencialidad de la información que aportaron junto con su contestación. Así, según expone la recurrente, debió tener acceso como mínimo a la información contenida en las contestaciones de dieciséis de los veinte anunciantes (excepto

Procter & Gamble España, Nutrexpa, Henkel y Grupo Leche Pascual, que sí solicitaron la confidencialidad de la información aportada).

Por ello, la parte actora concluye que la CNMC ha infringido el artículo 42 de la LDC al haber incluido la información contenida en las contestaciones de los anunciantes en una pieza inaccesible para la recurrente, cuando se trata de la única prueba de cargo utilizada por la CNMC en contra de Atresmedia en relación con el incumplimiento de la condición primera.

Por el contrario, la CNMC mantiene que la información aportada por los anunciantes en contestación a los requerimientos de información: "(...) *cumple con los requisitos y criterios fijados en la Comunicación citada para ser declarada confidencial*". Y encaja en la categoría de "Otra información confidencial" del apartado 19 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente. Según la CNMC, la revelación de toda la información aportada por los anunciantes perjudicaría significativamente los intereses de los mismos en sus relaciones con Atresmedia.

Llegados a este punto se trata de conjugar el derecho de defensa del sancionado y el secreto comercial y el carácter confidencial de algunas de las pruebas de cargo de las que se ha servido la CNMC para sancionar.

En este punto esta Sección da la razón a la recurrente porque considera que la CNMC en el procedimiento sancionador debió proporcionar el contenido íntegro de las respuestas dadas por los anunciantes de publicidad al formulario dirigido por la DC en el expediente de vigilancia. Y ello porque, a diferencia de la CNMC, no consideramos que la identidad del anunciante de publicidad sea un dato que deba ocultarse a la sancionada porque es difícil concluir que se trata de un dato confidencial cuando ha mantenido relaciones comerciales con la recurrente. Tampoco compartimos con la CNMC que la razón por la que deba ocultarse la identidad del anunciante sea por las posibles represalias de la recurrente y ello porque es este un dato hipotético respecto del cual la CNMC no aporta un solo indicio e, incluso, para el caso de que así fuera, quedaría abierta la posibilidad de que se utilizaran diversas vías frente a la actuación de la recurrente pero, en este procedimiento sancionador y con los datos que disponemos, entendemos que debemos dar preferencia y prioridad al derecho de defensa del recurrente que ha sido sancionado en base a las declaraciones de los anunciantes de publicidad respecto de los cuales, como se desconoce la identidad del anunciante que ha realizado una manifestación concreta se le está privando de la posibilidad de desvirtuar, en su caso, esa afirmación. No es inocuo conocer la identidad de quien afirma algo en tu contra que va a convertirse, además, en prueba de cargo sin que la sancionada pueda rebatir su concreta afirmación y, por otra parte, esa identidad no solo deja de tener carácter secreto y confidencial cuando han existido entre los anunciantes y la recurrente relaciones comerciales sino que, precisamente, en virtud de ese conocimiento comercial y de las negociaciones con los anunciantes, el recurrente podía, quizás, demostrar la inexactitud de las afirmaciones efectuadas por algunos anunciantes en su contra si hubiera podido conocer su identidad. Idénticas consideraciones realizamos en cuanto que la CNMC no ha proporcionado a la recurrente todas las respuestas que han dado al formulario presentado por la DC sino únicamente un extracto que ha sido, además, preseleccionado por la propia CNMC escogiendo párrafos de algunas de esas respuestas, agrupando respuestas por bloques de tema e incluso realizando aclaraciones para facilitar la comprensión de las respuestas literales para las que pudiera haber dudas de comprensión y con ello la CNMC que sanciona está privando así al sancionado de la posibilidad de interpretar también las respuestas dadas por los anunciantes en el contexto íntegro en el que se han dado. El carácter confidencial y el carácter secreto en que se apoya la CNMC no puede interpretarse en términos tan extensos que supongan privar al sancionado de su derecho de defensa al desconocer la totalidad de las respuestas dadas por los anunciantes. Y tampoco podemos admitir la tesis de la CNMC de que lo que se ha declarado confidencial no era esencial, carecía de valor probatorio significativo ni tenía virtualidad relevante para la defensa del sancionado ya que, en ese contexto y en el ejercicio del derecho de defensa, corresponde al sancionado valorar la prueba de cargo así como su relevancia.

En consecuencia, esta Sala concluye que con la versión no confidencial analizada otorgada a la recurrente por parte de la CNMC se ha visto mermado su derecho de defensa por cuanto que ignora en qué contexto el anunciante ha dado una respuesta determinada que, si se hubiera conocido en su totalidad, ello habría permitido al recurrente aportar pruebas que desvirtuaran esas afirmaciones. Y, además, porque eran informaciones dadas por entidades que como anunciantes de publicidad habían mantenido relaciones comerciales con la recurrente por lo que en esas respuestas ya es difícil apreciar el carácter confidencial así como en relación al nombre del anunciante que otorga esas respuestas. Por lo que no poder conocer la identidad de los anunciantes impide a la sancionada reconstruir documentalmente las negociaciones llevadas a cabo con cada uno de los anunciantes para de este modo identificar y, en su caso, aportar prueba documental de descargo en relación con las manifestaciones de esos mismos anunciantes que se utilizan como prueba de cargo contra la recurrente. Además, la falta de acceso a la versión original de las contestaciones, que podría haber sido puesta a disposición de la recurrente en forma censurada (mediante la censura de los documentos



originales y no mediante el volcado selectivo de manifestaciones en un documento elaborado por la propia CNMC), podría contener información relevante para valorar el presunto incumplimiento por Atresmedia de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal General de la Unión Europea ponderando en el conflicto ente el ejercicio del derecho de defensa y la denegación del acceso a determinados documentos de terceros integrantes del expediente por su carácter de secreto comercial. Destacamos las sentencias de 29 de junio de 1995, T-30/91, Solvay contra Comisión Europea y de 27 de septiembre de 2012, T-370/06, Kuwait Petroleum contra Comisión Europea.

Una de las cuestiones que dicho Tribunal analizó en el asunto Solvay contra Comisión Europea estaba relacionada, precisamente, con si la denegación por parte de la Comisión Europea del acceso por parte de la demandante a determinados documentos aportados por una tercera empresa (aquellos denominados documentos "código V"), podrían haber afectado al derecho de defensa de la recurrente en la medida en que, habiendo sido valorados por la Comisión Europea para formular los correspondientes cargos contra Solvay, podrían haber contenido información igualmente útil para la defensa de la misma en el procedimiento administrativo. Y el TGUE da prioridad al derecho de defensa que entiende se ha visto vulnerado por la negativa de la Comisión Europea a permitir el acceso a determinada documentación del expediente. Concretamente, se dijo: "(...) la Comisión señala que sus propios funcionarios examinaron una y otra vez la totalidad de los documentos de que ella disponía, sin llegar, no obstante, a descubrir dato alguno que pudiera exculpar a la demandante, por lo que resultaba inútil dar traslado de aquéllos. Procede subrayar a este respecto que, en el marco del procedimiento contradictorio regulado por el Reglamento n° 17, no puede considerarse competencia exclusiva de la Comisión la decisión sobre qué documentos son útiles para la defensa. En efecto, cuando se trata, como en el caso de autos, de apreciaciones económicas cuya realización resulta difícil y compleja, la Comisión debe dar a los Abogados de la empresa afectada la posibilidad de examinar los documentos que puedan ser pertinentes, a fin de apreciar su valor como pruebas para la defensa. (...) El Tribunal considera que, en tales circunstancias, es preciso evitar que la defensa de dichas empresas pueda verse perjudicada por un eventual error de los funcionarios de la Comisión al calificar un documento dado de documento «neutro», del que no se dará traslado a las empresas por carecer de utilidad. La tesis contraria, defendida por la Comisión, tendría como consecuencia impedir que se pudiera descubrir un error de este tipo a tiempo, antes de la Decisión de la Comisión, salvo en el supuesto, excepcional de una cooperación espontánea entre las empresas afectadas, lo que supondría unos riesgos inaceptables para una buena administración de la justicia. Habida cuenta del principio general de igualdad de armas, que en el marco de un asunto de competencia supone que la empresa afectada tenga un conocimiento del expediente utilizado en el procedimiento idéntico al que tiene la Comisión, no cabe acoger la tesis de la Comisión. El Tribunal no puede admitir que, en el momento de pronunciarse sobre la infracción, la Comisión haya sido la única en disponer de los documentos marcados con el código V y haya tenido, por tanto, la posibilidad de decidir por sí sola si utilizarlos o no contra la demandante, mientras que esta última no tenía acceso a ellos y no pudo por tanto adoptar la decisión correlativa de utilizarlos o no para su defensa. En un supuesto de este tipo, el derecho de defensa del que disfruta la demandante durante el procedimiento administrativo sufriría una restricción demasiado grande en relación con las facultades de la Comisión, la cual uniría a la función de autoridad que notifica los cargos la de autoridad decisoria, al tiempo que dispone de un conocimiento del expediente superior al de la defensa".

Asimismo, el TGUE en relación con la vulneración del derecho de defensa derivado de la denegación del acceso a determinados documentos del expediente ha señalado que: "Procede subrayar que la violación del derecho de defensa que tuvo lugar durante el procedimiento administrativo no puede tampoco verse regularizada en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, que se limita a un control jurisdiccional en el marco de los motivos invocados y sólo en este marco, y que no puede, por tanto, reemplazar a la instrucción completa del asunto en el marco del procedimiento administrativo. En efecto, si la demandante hubiera podido invocar durante el procedimiento administrativo algunos documentos capaces de exculparla, habría podido eventualmente influir en las apreciaciones efectuadas por la Junta de Comisarios, al menos en lo que respecta a la fuerza probatoria del comportamiento paralelo y pasivo que se le reprochaba en la fase inicial de la infracción y por lo tanto en todo el tiempo que duró ésta".

En definitiva, esta Sala, por las razones anteriormente expuestas, considera que la CNMC ha vulnerado el derecho de defensa de la entidad sancionada previsto en el artículo 24 de la CE y, en consecuencia, no entendemos ajustada al ordenamiento jurídico la imputación efectuada a la recurrente por parte de la CNMC relativa al incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2012 que ahora anulamos.



OCTAVO. Por otra parte, la CNMC ha imputado también a la recurrente el incumplimiento de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012, relacionada con el mercado de adquisición y explotación de contenidos audiovisuales. Dicha condición exige:

"a) La entidad resultante no podrá suscribir contratos en exclusiva con terceros que tengan un periodo de explotación superior a tres años (cinco años en el caso de largometrajes) a contar desde la fecha de puesta a disposición del contenido. El periodo de puesta a disposición de cualquier contenido no podrá superar los tres años a contar desde la firma del contrato. Como excepción a lo anterior, la entidad resultante podrá concluir contratos que cubran la "vida total" de cada serie y cada programa de entretenimiento, lo que significa que podrán ponerse a disposición de la entidad resultante capítulos de series y programas de entretenimiento a lo largo de la vida total del producto adquirido.

Para los contratos vigentes a la fecha de aprobación de la operación de concentración que superen los límites señalados, ANTENA 3 deberá remitir al proveedor del contenido una comunicación escrita en la que le otorgue la posibilidad de modificar los plazos, concretando la compensación económica exigida y los criterios objetivos y proporcionales utilizados para calcularla.

b) La entidad resultante no podrá suscribir contratos de adquisición de contenidos audiovisuales que incluyan cláusulas de renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o de adquisición preferente para periodos sucesivos. Asimismo, la entidad resultante deberá renunciar, expresamente, de forma unilateral, y sin compensación alguna, a ejercer las cláusulas mencionadas que pudiera haber en contratos preexistentes.

c) La entidad resultante no podrá concluir ningún contrato de adquisición de contenidos audiovisuales o de encargo de producción con productoras nacionales no controladas por la entidad resultante que impliquen derechos de exclusiva en la adquisición de los programas que pueda producir en el futuro la productora nacional o de primera opción sobre los programas que produzca.

d) La entidad resultante deberá renunciar expresamente a ejercer en cualquier momento los derechos de exclusiva en la adquisición de los programas que pueda producir en el futuro la productora nacional, o a los derechos de primera opción sobre más de dos programas que puedan existir en los contratos que la entidad resultante tenga con productoras nacionales no controladas por la entidad resultante a la fecha de adopción de la resolución en segunda fase.

Las comunicaciones de renuncia mencionadas en los tres casos anteriores, deberán ser enviadas en el plazo máximo de 15 días a contar desde que la Resolución de autorización de la operación de concentración sea firme en vía administrativa.

e) La entidad resultante no podrá suscribir contratos de adquisición de contenidos audiovisuales que incluyan cláusulas de renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o de adquisición preferente para periodos sucesivos.

f) La entidad resultante deberá renunciar, expresamente, de forma unilateral, y sin compensación alguna, a ejercer en cualquier momento los mecanismos renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o de adquisición preferente que pudiera haber en contratos preexistentes. Esta renuncia deberá ser comunicada por la entidad resultante mediante un escrito que deberá remitir de forma fehaciente en el plazo máximo de quince días a contar desde que la resolución en segunda fase sea firme en vía administrativa. En esta comunicación la entidad resultante deberá individualizar cada uno de los mecanismos renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o de adquisición preferente a los que renuncia.

g) La entidad resultante no podrá concluir ningún contrato de adquisición de contenidos audiovisuales o de encargo de producción con productoras nacionales no controladas por la entidad resultante que impliquen derechos de exclusiva en la adquisición de los programas que pueda producir en el futuro la productora nacional o de primera opción sobre los programas que produzca.

h) La entidad resultante deberá renunciar expresamente a ejercer en cualquier momento los derechos de exclusiva en la adquisición de los programas que pueda producir en el futuro la productora nacional, o a los derechos de primera opción sobre más de dos programas que puedan existir en los contratos que la entidad resultante tenga con productoras nacionales no controladas por la entidad resultante a la fecha de adopción de la resolución en segunda fase. Esta renuncia deberá ser comunicada por la entidad resultante mediante un escrito que deberá remitir de forma fehaciente en el plazo máximo de quince días a contar desde que la resolución en segunda fase sea firme en vía administrativa.

i) A efectos de lo previsto en esta condición, cualquier novación de los contratos preexistentes con posterioridad a la fecha de adopción de la resolución en segunda fase tendrá la consideración de un nuevo contrato, quedando sometido a los límites señalados para los mismos en la presente condición. La subrogación por Antena 3



de Televisión, S.A. de los contratos firmados por Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A. o la modificación de los mismos para incluir los canales gestionados por la entidad resultante como autorizados para la emisión de los derechos correspondientes no se considerarán una novación a los efectos de la presente condición y, por tanto, tal subrogación no tendrá la consideración de nuevo contrato, siempre y cuando no se altere ninguna otra cláusula o condición contractual.

j) La presente condición no resulta de aplicación a las producciones propias realizadas por la entidad resultante. A estos efectos se entenderá por producción propia: (i) tanto los contenidos producidos íntegramente por la entidad resultante (o por empresas de su grupo), con sus propios medios y recursos; (ii) como los contenidos producidos por la entidad resultante (o por empresas de su grupo) con la participación de terceros respecto de los que la entidad resultante disponga de la menos el 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual".

La finalidad de las obligaciones recogidas en esa condición tercera era asegurar que, tras la operación de concentración, la entidad resultante permitiera la salida periódica al mercado de los contenidos audiovisuales que hubiera adquirido o que pudiera adquirir.

Concretamente, la CNMC en relación con las obligaciones contenidas en los apartados c) y f) de la condición tercera señala que: "La Sala considera que ATRESMEDIA ha incumplido la condición tercera, al no haber enviado en plazo y de forma completa a todos los proveedores de contratos afectados por los límites temporales las cartas que otorgan la opción de ajustar los plazos [apartado c) de la condición tercera], ni a todos los proveedores afectados por la existencia de cláusulas prohibidas los escritos de renuncia a dichas cláusulas [apartado f) de la condición tercera]".

En este sentido, la CNMC considera que Atresmedia ha incumplido las obligaciones recogidas en la referida condición tercera porque ha llevado a cabo las siguientes conductas no permitidas por la citada condición:

1 No ha enviado a todos los proveedores de contenidos audiovisuales afectados por los límites temporales recogidos en la citada condición las correspondientes comunicaciones ofreciéndoles la posibilidad de modificar el contrato en el que se establecía una puesta a disposición del contenido a favor de Atresmedia superior a tres años desde la firma del contrato, o bien un periodo de explotación del contenido superior a tres años o a cinco años (en el caso de los largometrajes). En este sentido, la CNMC señala: "... las cartas remitidas en septiembre de 2012 para dar al proveedor la opción de ajustar los plazos de licencia y/o de puesta a disposición de los contenidos, no se remitieron a todos los proveedores de contenidos afectados".

2. No ha especificado en las comunicaciones enviadas una compensación económica formulada en términos objetivos y proporcionales. Concretamente, en las cartas remitidas en septiembre de 2012 a los proveedores de contenidos, dando la opción de ajustar los plazos de puesta a disposición y/o de emisión de dichos contenidos a los límites señalados en la condición tercera, no se incluía la compensación económica exigida ni los criterios para calcularla; y en las cartas enviadas en noviembre de 2012 aunque se fijaron fórmulas matemáticas para obtener la compensación económica tampoco suponían la aplicación de criterios objetivos ni proporcionales.

3. No remitió la comunicación a los proveedores de los contenidos afectados por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 5.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

La recurrente reconoce que a la fecha límite fijada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 -11 de septiembre de 2012- no había enviado comunicaciones a los proveedores de contenidos de algunos contratos porque, a su juicio, no tenía obligación de enviar comunicación alguna y, por tanto, no ha incumplido la condición referida y no se le puede imputar la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC. Y ello según afirmaba a los contratos en los que no se fijaba una fecha concreta de puesta a disposición de los contenidos, así como a los contratos en los que se fijaba un sistema de ventanas alternas de explotación por operadores distintos.

Así, la recurrente reconoce que no envió cartas en algunas ocasiones porque entendía que no tenía obligación de comunicar a los proveedores de contenidos audiovisuales cuyos contratos no disponían de una fecha de puesta a disposición del contenido desde la firma del contrato ni tampoco incluían un periodo concreto de explotación. Según la recurrente, se trataría de proveedores cuyos contratos no podían estar afectados por los límites temporales de puesta a disposición ni de explotación porque no se había determinado la fecha en la que tendría lugar la puesta a disposición del contenido ya que ello estaba vinculado a otros hechos, como la fecha del estreno en cines o en televisión de pago, por lo que, a su juicio, no era posible determinarla con anterioridad y, en consecuencia, no se le podía atribuir ningún incumplimiento tipificado como infracción administrativa.

La CNMC no admite esa posibilidad al indicar en la resolución sancionadora que: "Esta justificación no es aceptable, ya que la condición tercera es muy clara y en su apartado a) especifica, precisamente para evitar errores de interpretación, que en el caso de contratos en los que no queda determinada la identidad del contenido



o el momento en que éste será puesto a disposición del adquirente, no podrán ponerse a disposición de la entidad resultante contenidos concretos una vez hayan transcurrido tres años a contar desde la fecha del contrato, salvo que se haya adquirido la vida total de la serie o del programa de entretenimiento. Además, el debate sobre si debían o no someterse a los límites temporales de la condición tercera los contratos en los que no se conoce a priori la fecha de puesta a disposición de los contenidos o los casos en los que los derechos objeto del contrato están siendo explotados por otro operador en el momento de su firma, ya surgió con anterioridad a la aprobación de la operación de concentración. Concretamente, en los escritos de 6 y 14 de junio de 2012, que acompañaron a la presentación de la segunda propuesta de compromisos, ATRESMEDIA explicó que en estos supuestos el límite de tres años debía contabilizarse a partir de la primera puesta a disposición del primer contenido y no a partir de la fecha de firma del contrato, pero este argumento no es aceptable tampoco ya que no se contempla esta excepción en la condición tercera. Por tanto, no es admisible que posteriormente ATRESMEDIA trate de justificar que este tipo de contratos no están sometidos a los límites temporales fijados en la Resolución del Consejo de la extinta CNC de 13 de julio de 2012".

Esta Sala, al igual que la CNMC, considera que la entidad recurrente ha incumplido la obligación recogida en la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 y ello porque esa condición es clara en su redacción y no admite dudas interpretativas ni excepciones en su aplicación al decir que " *El periodo de puesta a disposición de cualquier contenido no podrá superar los tres años a contar desde la firma del contrato*" de tal manera, que la limitación temporal de disposición de los contenidos o de su explotación afectaba igualmente a los contratos en los que no se hubiera podido fijar una fecha concreta de puesta a disposición del contenido puesto que, esos casos, no se excepcionaban en la citada condición tercera. Y, por ello, la puesta a disposición con el límite temporal impuesto debía computarse también a partir de la fecha de la firma del contrato. A efectos de la acreditación del elemento subjetivo de la infracción imputada, destacamos que ese criterio no era desconocido para la recurrente toda vez que, en el procedimiento de la operación de concentración intentó ya dejar fuera de esa obligación a este tipo de contratos que, sin embargo, no se aceptó ni por la resolución de la CNC de 13 de julio de 2012 ni por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

Asimismo, la recurrente sostiene que no ha incumplido la obligación de comunicación analizada respecto de aquellos contratos en los que se había fijado un sistema de ventanas alternas de explotación por distintos operadores que implica que un mismo producto puede ser emitido por varios operadores, durante un tiempo exclusivo (ventana) para cada uno de ellos, pero de manera alterna e intercalada con el tiempo exclusivo del otro operador. Y, a su juicio, en los contratos con un sistema de ventanas alternas el periodo de puesta a disposición del contenido debe computarse entre la fecha de la firma del contrato y la fecha de primera puesta a disposición del contenido (fecha de inicio de la primera ventana de explotación asignada a Atresmedia).

Por el contrario, la CNMC considera que la recurrente también ha incumplido la obligación de comunicar a los proveedores de contenidos los límites temporales de puesta a disposición y de explotación de los contenidos audiovisuales en aquellos contratos en los que el contenido se compartía con un tercero mediante un sistema de ventanas alternas. Según la CNMC, en esos contratos, la disposición del contenido se produce en cada una de las ventanas de tal manera que, el cómputo del límite temporal de puesta a disposición del contenido no puede fijarse en la puesta a disposición y explotación del contenido en la primera ventana de tal modo que, siendo alguno de ellos (los relativos a las ventanas posteriores) superiores a tres años desde la fecha de firma del contrato tenía obligación de cumplir las exigencias de la citada condición tercera. Y ello, porque tal como recoge en la resolución sancionadora,

"... el periodo de explotación abarca desde la fecha de la primera puesta a disposición hasta la fecha final de emisión, con independencia de que haya periodos intermedios en los que el contenido en cuestión es emitido por otro operador. Por tanto, la alternancia en la emisión de un mismo contenido con otros operadores no justifica que el periodo durante el cual pueden emitirse supere los plazos señalados..."

Nuevamente compartimos el criterio de la CNMC sobre este punto y, por ello, concluimos que la recurrente ha realizado conductas que han supuesto el incumplimiento de la condición tercera. Si partimos de que la finalidad de fijar en la operación de concentración esos límites temporales era para evitar que la recurrente adquiriera un gran poder en el mercado de la adquisición y explotación de contenidos audiovisuales impidiendo a terceros operadores participar en esa explotación, lo correcto, entonces, para alcanzar esa finalidad es que en los contratos que se regulan por ventanas el límite temporal de tres años se compute ya con la primera ventana.

Por otra parte, la CNMC ha entendido que la recurrente también ha incumplido la obligación de enviar la referida comunicación al proveedor de contenidos audiovisuales en relación con los contratos preexistentes que la recurrente coproduce o cofinancia los contenidos audiovisuales que se producen y en los que se involucra con menos de un 50 por 100 en los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual



del contenido. Actividad que la recurrente realiza en cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de obras europeas dispuesta en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual que impone a Atresmedia, en tanto que es operador de servicios de comunicación audiovisual televisiva estatal, una obligación consistente en contribuir anualmente a: "(...) *la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. (...)*

La financiación de las mencionadas obras audiovisuales podrá consistir en la participación directa en su producción o en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas. Como mínimo, el 60 por 100 de esta obligación de financiación, y el 75 por 100 en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género. En todo caso, el 60 por ciento de esta obligación de financiación se destinará a la producción en alguna de las lenguas oficiales en España. De este importe, al menos el 50 por 100 deberá aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes. En las coproducciones no se contabilizará a estos efectos la aportación del productor independiente".

La CNMC justifica su decisión en este punto diciendo: "La LGCA no obliga a emitir títulos europeos, sino a financiar la producción, y la forma en que se materialice dicha financiación es decisión del operador de televisión. En el caso de que se opte por adquirir derechos de emisión, el contrato puede firmarse sin exclusividad, lo que permite adquirir derechos de emisión no sujetos a los límites temporales fijados en la condición tercera". Y añade: "No obstante, esta Sala, al igual que la DC, no comparte este razonamiento. La LGCA no obliga a emitir títulos europeos, sino a financiar la producción, y la forma en que se materialice dicha financiación es decisión del operador de televisión. En el caso de que se opte por adquirir derechos de emisión, el contrato puede firmarse sin exclusividad, lo que permite adquirir derechos de emisión no sujetos a los límites temporales fijados en la condición tercera. Sin embargo, a juicio de ATRESMEDIA esta solución no es factible, pues no resulta coherente renunciar a adquirir los derechos de emisión en exclusiva si la mayoría de las obras financiadas son producidas por su filial "Antena 3 Films". En este sentido, incluso si se hubiese demostrado que para ATRESMEDIA no es viable financiar una obra audiovisual europea sin adquirir en exclusiva sus derechos de emisión en España, algo que ATRESMEDIA no ha justificado suficientemente, ATRESMEDIA siempre tiene la opción de cumplir con la obligación citada coproduciendo un número menor de títulos pero con una participación superior al 50% en los derechos de explotación y propiedad intelectual, de forma que sean considerados producción propia y quedar exentos de la aplicación de la condición tercera. A este respecto, el informe de la Sala Regulatoria del Consejo de 6 de mayo de 2015 señala, que, si ATRESMEDIA se dedicara a la producción de obras propias, se realizaría un número más limitado de obras dado que ATRESMEDIA no tendría incentivos a contratar con productores independientes, que es lo que promueve el artículo 5.3 de la Ley 7/2010. Respecto a esta cuestión, hay que tener en cuenta que el artículo 5.3 de la Ley 7/2010 ya fuerza por sí mismo a dedicar el 50% de la financiación a obras de productores independientes, por lo que la aplicación de la condición tercera no impide ni desincentiva significativamente el cumplimiento de esta obligación de financiación. En este sentido, ATRESMEDIA siempre tiene la opción de adquirir los derechos de emisión en España de la primera ventana de televisión (por delante de la televisión de pago), lo que reduce significativamente el riesgo de que esta ventana de emisión se inicie después de tres años desde la adquisición de los derechos de emisión. De hecho, ATRESMEDIA ha aplicado esta política en varios casos, como en las películas de la serie Crepúsculo. Por tanto, el cumplimiento de los límites temporales señalados en el acuerdo de Consejo de Ministros no es incompatible con la obligatoriedad de destinar un porcentaje de los ingresos a financiar producción europea".

Sin embargo, la recurrente considera que no existe incumplimiento en relación con los contratos de financiación anticipada de determinados contenidos audiovisuales que suscribe ya sea mediante la participación directa en su producción o a través de la adquisición de los derechos de explotación de los mismos, toda vez que no pueden estar sometidos a los límites temporales exigidos ya que es habitual que el proceso de producción de un determinado contenido abarque varios años y el momento en el que el contenido audiovisual terminado está disponible para Atresmedia no sucede, en la mayoría de los casos, antes de que transcurran tres años desde la firma del contrato de financiación anticipada. Y ello porque, por la misma naturaleza de estos contratos, su suscripción se formaliza en un momento muy inicial del proyecto cinematográfico y en circunstancias de incertidumbre financiera para el productor. Por ello, la recurrente considera que la obligación de exigir contractualmente la limitación del periodo de puesta a disposición del contenido contractual a un plazo máximo de tres años desde la suscripción del contrato resulta en muchos casos materialmente imposible, dado que la introducción de tal limitación contractual impide al productor de la obra cinematográfica obtener la financiación indispensable para realizar el proyecto. Y, por ello, considera que en este tipo de situaciones (coproducción o financiación minoritaria de obras europeas en cumplimiento de



las obligaciones previstas en la LGCA), a efectos de la obligación de remitir la comunicación a los proveedores de contenidos, se le debió reconocer un tratamiento análogo a las consideradas como producciones propias de Atresmedia que, como regula el apartado j) de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros, no están sometidas a los límites temporales ni a ninguna de las demás obligaciones de la propia condición tercera.

La CNMC se opone a que se otorgue a los contratos de coproducción o financiación minoritaria de obras europeas el mismo tratamiento que aquellos contratos de coproducción o financiación en los que la recurrente cuenta con, al menos, el 50 por 100 de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual del contenido (a los que el apartado j) de la condición tercera se refiere como contratos de "producción propia") diciendo que: *"Sin embargo, en la condición tercera se señala que se considera producción propia, los contenidos producidos por la entidad resultante (o por empresas de su grupo) con la participación de terceros, en los que la entidad resultante disponga de al menos el 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual. Igualmente, en los escritos de 6 y 14 de junio de 2012 anteriormente mencionados, ATRESMEDIA también debatió sobre el concepto de producción propia y aceptó la definición que finalmente se recogió en la condición tercera. En estos escritos se dice textualmente "De este modo, A3TV asume que, a los efectos del compromiso (vi), se entenderá por producción propia: (i) tanto los contenidos producidos íntegramente por A3TV (o por empresas de su Grupo), con sus propios medios y recursos; (ii) como los contenidos producidos por A3TV (o por empresas de su Grupo) con la participación de terceros, que intervienen mediante encargos de producción (la llamada producción "a medida" o producción en colaboración), respecto de los que A3TV disponga de al menos el 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual". Por ello, no se puede admitir que ATRESMEDIA trate de justificar el incumplimiento de la condición tercera sobre la base de que este tipo de coproducciones no deben considerarse producción ajena. En cualquier caso, la Resolución del Consejo de la CNC de 13 de julio de 2012 recoge claramente la definición de producción propia a efectos de la aplicación de la condición tercera y no menciona excepciones"*.

En relación con la limitación temporal en este tipo de contratos y la obligación de la recurrente de enviar las comunicaciones a los proveedores de contenidos, esta Sala no aprecia que la CNMC haya realizado una interpretación extensiva de las obligaciones fijadas y acogemos la interpretación que se realiza respecto de las obligaciones fijadas en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Por otra parte, a efectos de la acreditación del elemento subjetivo de la infracción imputada, el criterio exigido por la CNMC no era desconocido para la recurrente toda vez que, en el procedimiento de la operación de concentración, ya intentó dejar fuera de las limitaciones temporales a este tipo de contratos que no fue aceptado ni por la resolución de la CNC de 13 de julio de 2012 ni por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

NOVENO. Finalmente, la CNMC ha considerado que Atresmedia también ha incumplido la obligación del apartado c) de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros en cuanto que en las comunicaciones que envió a los proveedores de contenidos audiovisuales, cuyos contratos superaban los límites temporales a los que se refería el citado apartado, no fijaba una compensación económica formulada con arreglo a criterios objetivos y proporcionales.

La recurrente niega ese incumplimiento porque afirma que en las comunicaciones que envió en noviembre de 2012 si ofreció a los proveedores de contenidos una compensación económica indicándoles fórmulas de cálculo para obtener la compensación. Señala que en esas comunicaciones se ofrecía a los proveedores de contenidos, a cambio de limitar los periodos de puesta a disposición y de explotación de sus contratos con Atresmedia, una compensación atendiendo a dos fórmulas alternativas: (i) bien a la parte proporcional de los honorarios que corresponden con el período de licencia del título que se da la opción de recortar, o (ii) al total de los honorarios previstos para ese título, en caso de eliminarlo de su catálogo. La CNMC considera conforme al apartado c) de la condición tercera la fórmula de compensación propuesta por Atresmedia, que se recoge en el punto (ii) anterior, pero la fórmula de compensación en la que se solicita el pago de una parte proporcional de los honorarios que se corresponde con el periodo de explotación del contenido que se recorta (punto (i) anterior) no cumple con el requisito al que se refiere el apartado c) de la condición tercera en cuanto exige que se ofrezca una compensación basada en criterios objetivos y proporcionales. Y, por ese motivo, la CNMC entiende que la recurrente incumple también la citada condición.

La CNMC señala, en particular, que la fórmula de compensación propuesta por Atresmedia no reúne el requisito de la proporcionalidad exigido en la condición analizada ya que esa fórmula otorga el mismo valor a las primeras emisiones del contenido audiovisual que a las últimas cuando las emisiones que se realizan en los últimos años del periodo de explotación tienen menor valor que las primeras y la compensación que debería solicitarse debería ser también menor. Criterio este que la recurrente no comparte, pero no ha demostrado que esa conclusión no fuera cierta a los efectos de exigir una compensación que fuera proporcional a fin de que



los proveedores aceptasen modificar el plazo y difícilmente se aceptará recortar el periodo de explotación del contenido cuando es desventajoso para el proveedor porque otorga el mismo valor a las primeras emisiones que a las últimas las cuales, en un principio, tienen menor valor menor que las emisiones iniciales que cuentan a su favor con el elemento de la novedad en la emisión.

En consecuencia, esta Sala concluye que existe prueba que permite alcanzar la convicción de que la recurrente ha incumplido las condiciones tercera y cuarta fijadas con claridad en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 y, además, era consciente de ese incumplimiento porque ello le permitía reforzar su papel en el mercado de la adquisición y explotación de los contenidos audiovisuales limitando así las condiciones competitivas. Conducta que está tipificada como infracción muy grave en el artículo 64.2.c) de la LDC que, además, se ha calificado correctamente como infracción única y continuada por la realización de conductas desde septiembre de 2012 hasta noviembre de 2014, fecha esta en la que aun persistían varios contratos respecto de los cuales la recurrente no les había enviado a los proveedores de contenidos ninguna comunicación relativa a los nuevos periodos de adquisición y explotación de contenidos audiovisuales.

Sin embargo, esta Sala acuerda la estimación parcial del presente recurso contencioso administrativo en cuanto que, como ya hemos reflejado anteriormente, la CNMC no puede incluir como conducta infractora en la infracción única y continuada de carácter complejo imputada la relativa al incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 y ello afectará a la gravedad de la conducta imputada que, en su caso, deberá implicar que la CNMC efectuó un nuevo cálculo en la cuantía de la sanción de multa.

DÉCIMO. Toda vez que se ha estimado parcialmente el presente recurso contencioso administrativo ello implica que no pueda efectuarse un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo **47/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., contra la Resolución sancionadora dictada en fecha 12 de noviembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente SNC/0039/15, ATRESMEDIA. Y, en consecuencia, dicha resolución se anula exclusivamente en cuanto que no puede integrarse en la infracción única y continuada de carácter complejo imputada el incumplimiento relativo a la condición primera fijada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 y ello determina la nulidad de la sanción ahora impuesta que deberá calcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un nuevo parámetro de gravedad de la conducta imputada.

No se efectúa un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

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 artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.