



Roj: **SAN 5713/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5713**

Id Cendoj: **28079230062023100767**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **31/10/2023**

Nº de Recurso: **364/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000364 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3891/2018

Demandante: MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. y don Mariano

Procurador: DOÑA YOLANDA JIMÉNEZ ALONSO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **364/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. y don Mariano** representados por la procuradora doña Yolanda Jiménez Alonso contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 3 de mayo de 2018, en el marco del expediente sancionador NUM000 , AGENCIAS DE MEDIOS.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando con la estimación del recurso *« [d]icte sentencia estimando el presente recurso, declarando la nulidad de la Resolución de 3 de mayo de 2018 del Consejo de la CNMC en el expediente NUM000 AGENCIAS DE MEDIOS por ser contraria a Derecho, en particular por ser contraria a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular sus artículos 47.1.a (nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional); 47.1.e (nulidad de pleno derecho de los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados); 47.1.f (nulidad de pleno derecho de los actos administrativos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición) 47.2 (nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales); y 48.1 y 2 (anulabilidad de los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso de desviación de poder, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o cuando el acto de lugar a la indefensión de los interesados), con expresa condena en costas de la contraparte; Y SUBSIDIARIAMENTE SUPlico A LA SALA que, teniendo por presentado en tiempo y forma el presente escrito, junto con la documentación que el mismo acompaña y debidas copias, se sirva admitirlo y, previos los trámites de ley, dicte Sentencia declarando la vulneración del artículo 10 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia , procediendo a modificar y, en consecuencia, a reducir el importe de la sanción económica impuesta a MEDIA SAPIENS SPAIN S.L. y DON Mariano en la resolución recurrida; Y SUBSIDIARIAMENTE SUPlico A LA SALA que, teniendo por presentado en tiempo y forma el presente escrito, junto con la documentación que el mismo acompaña y debidas copias, se sirva admitirlo y, previos los trámites de ley, dicte Sentencia declarando que el acto de publicación de la identidad de DON Mariano no es conforme a derecho y, en consecuencia, acuerde su anulación; que, en virtud de los artículos 31 y 71 LJCA , ordene a la CNMC retirar inmediatamente de su página web la Resolución a quo y la Nota de Prensa emitida sobre la Resolución sin perjuicio de la sustitución por nuevos documentos debidamente modificados y censurados de tal forma que no permitan en modo alguno la identificación de DON Mariano ; que ordene a la CNMC que publique la Sentencia que esta Sala dicte en el presente recurso y una Nota de Prensa, al respecto a su costa, inmediatamente, y con el mismo grado de difusión que el que dio a la Resolución recurrida y su Nota de Prensa; que ordene a la CNMC eliminar a su costa todas las referencias al nombre de DON Mariano que existan en internet vinculadas con la Resolución recurrida; y declare el derecho a la reparación de los daños sufridos por DON Mariano por la adopción de la Resolución y la publicación de su identidad y a estos efectos, bien la Sala acuerde una indemnización a favor de DON Mariano que equivalga simbólicamente a la sanción impuesta, bien sea la propia Sala la que determine el quantum indemnizatorio sobre la base de criterios de equidad. [...] »*

TERCERO.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo, se fijó para ello la audiencia del día 27 de septiembre de 2023, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. (en lo sucesivo SAPIENS) y don Mariano , el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 3 de mayo de 2018, en el marco del expediente sancionador NUM000 , AGENCIAS DE MEDIOS.

Estableció en su parte dispositiva *«[P]rimero. Declarar que en el presente procedimiento se ha acreditado una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero de esta Resolución.*

Segundo. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Tercero, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes entidades y personas físicas:



- *MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.*

- *D. Mariano , por su participación en el cártel en su calidad de representante de MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.*

Tercero. Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

- *MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L.: 627.890 euros*

(...)

- *D. Mariano : 37.000 euros [...]».*

Destacamos los siguientes extremos relevantes para la resolución del presente litigio que se recogen en el acuerdo sancionador y que enmarcan los términos en los que se desarrolló el procedimiento.

1.- El desencadenante fue la consulta que 23 de julio de 2014, la CNMC recibió de la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas relativa a la licitación celebrada en mayo de 2014 de un Acuerdo Marco, el 50/2014, para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado (en adelante el Acuerdo Marco), a raíz de la quejas de dos licitadores, PERSUADE y CARAT ESPAÑA S.A.U. (CARAT), en relación con las ofertas presentadas por otras dos de las agencias de medios participantes en la licitación de dicho Acuerdo Marco que, bien al alza o la baja, distorsionaban de forma intencionada los resultados de los concursos.

2.- Tras practicar unas diligencias previas que fueron archivadas el 13 de noviembre de 2015, la Dirección de Competencia (DC) solicitó información a la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en relación con las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco desde su entrada en vigor.

3.- Con la información recibida la DC acordó el 5 de mayo de 2016 el inicio de una nueva información reservada, dictándose el 11 de mayo de 2016 cuatro Órdenes de Investigación (OI) por las que se autorizaba a funcionarios de la CNMC a realizar inspecciones simultáneas durante los días 24 de mayo de 2016 y siguientes en las sedes de OPTIMEDIA, MEDIA SAPIENS, PERSUADE y CARAT, solicitando las correspondientes autorizaciones de entrada y registro al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

4.- Fue denegada la entrada y registro en la sede de CARAT. Fue de nuevo solicitada, tras subsanar un error y concedida por el Juzgado. En el caso de las autorizadas para el día 24 de mayo en las sedes de OPTIMEDIA y de MEDIA SAPIENS, los autos fueron notificados por el Juzgado los días 20 y 18 a personas relaciones con las empresas investigadas. Finalmente tuvieron lugar los días 24 y 25 de mayo de 2016, en las sedes de MEDIA SAPIENS, PERSUADE y OPTIMEDIA. En el caso de CARAT, los representantes de la empresa decidieron no permitir la inspección ordenada el 20 de mayo de 2016, cuando se les comunicó que el Juzgado había denegado la autorización judicial referida a la OI del día 11 de mayo.

5.- Tras estos acontecimientos, el 2 de septiembre de 2016 la DC incoó el presente expediente sancionador contra CARAT, MEDIA SAPIENS, PERSUADE, INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA) y MEDIA BY DESIGN, con la finalidad de analizar la existencia de supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el intercambio de información comercial sensible; la fijación de precios u otras condiciones comerciales y el reparto del mercado de servicios de intermediación publicitaria en España, especialmente en relación con las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Entidades Públicas Estatales.

6.- Tras la práctica de varias diligencias y algunas disputas sobre la confidencialidad de determinada información, la DC amplió la incoación del expediente sancionador contra don Cesareo (PERSUADE), don Mariano (MEDIA SAPIENS) y don Domingo (YMEDIA), directivos o representantes legales de las empresas investigadas.

7.- El 17 de julio de 2017 la DC formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), donde además se les requería para que aportaran su volumen de negocios en el ejercicio 2016 tanto a nivel mundial como en España, y el correspondiente al mercado de servicios de intermediación publicitaria en España de los años 2014 a 2016, desglosado por años, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados. Fue notificado y se presentaron las correspondientes alegaciones entre el 4 de agosto de 2017 y el 14 de agosto de 2017.

8.- El 27 de noviembre de 2017, tras el cierre de la instrucción, la DC elevó su Informe Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC, que acordó la celebración de vista.



9.- El 12 de abril de 2018, la Sala de Competencia acordó solicitar a las empresas incoadas, información relativa a su volumen de negocios total en el año 2017, así como a su volumen de negocios derivado de la ejecución del Acuerdo Marco en los años 2014 a 2016, desglosado por años y antes de la aplicación de impuestos. Todas contestaron al requerimiento menos PERSUADE que, 26 de abril de 2018 aportó una serie de facturas con el objeto de aclarar la cifra aportada previamente por esta empresa sobre su facturación relacionada con los contratos derivados del Acuerdo Marco.

10.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló, en su reunión de 3 de mayo de 2018, la resolución objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- La demanda, en su estructura, establece una compleja sistemática, a través la que va articulando los diferentes motivos de queja.

Identificamos en lo que suponemos es el primero de los argumentos para justificar la pretensión impugnatoria cuando dice « *[N]ulidad de la Resolución a quo por la indefensión administrativa de transcendencia constitucional derivada de vicisitudes e irregularidades procesales. LA INDEFENSIÓN EN ESTE EXPEDIENTE SANCIONADOR NO DA LUGAR A DUDAS Y CREA UN PERJUICIO REAL Y EFECTIVO. [...]*». Dentro de este epígrafe se entrelazan motivos como la ilegalidad de la inspección, indefensión, incongruencias o cambios de criterio sin motivación. Estos motivos van, esencialmente dirigidos contra la Orden de Investigación (OI), de hecho, se remite a los argumentos invocados en ante esta Sala en el recurso 421/2016.

La respuesta a estas quejas, en parte, han quedado zanjadas en la sentencia de 12 de enero de 2022, en el referido recurso donde se impugnada la OI dictada en fecha 11 de mayo de 2016 por el director de Competencia de la CNMC que acuerda la realización de una inspección en el domicilio social de la mercantil recurrente, y la posterior actuación de inspección domiciliaria realizada bajo su amparo.

Como dijimos en esa sentencia expresando el parecer de la mayoría de la Sala, y al margen de voto particular discrepante, « *[l]a Orden de Investigación de 11 de mayo de 2016 ahora impugnada no ha vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18.2 de la CE por cuanto que la investigación y el registro domiciliar en la sede de la mercantil recurrente ha contado con el respaldo de una autorización judicial adoptada por el órgano judicial a quien nuestro ordenamiento jurídico - artículo 8.6 de la LJCA y artículo 91.2 de la LOPJ - le ha atribuido competencia para autorizar, en su caso, esa entrada domiciliaria una vez analizada la citada Orden de Investigación y tras comprobar que la entrada domiciliaria cumplía con los requisitos de adecuación, de razonabilidad y de proporcionalidad en el análisis de los intereses contradictorios que estaban en juego y, entre ellos, el derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria. En este caso esa autorización de entrada y de registro domiciliar se ha adoptado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 11 de Madrid quien, a solicitud de la CNMC e inaudita parte, dictó auto en fecha 18 de mayo de 2016 (...) En este caso, la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente fue acordada por la Orden de inspección del Director de Investigación de la AVC, de fecha 24 de junio de 2016 y contó con autorización judicial acordada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Bilbao, en auto de 27 de junio de 2016, que obra en el expediente.*

El auto de autorización de entrada y registro fue recurrido en apelación por la empresa impugnada, que alegó diversos motivos de impugnación, como la falta de competencia de la AVC en el procedimiento de inspección, de la que ya hemos tratado en esta sentencia, la falta de justificación de las razones por las que se inició la inspección y se ordenó el registro y la ausencia de delimitación respecto del objeto de investigación, entre otros motivos, y el recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, de 22 de diciembre de 2016, que examinó y rechazó todos los motivos de impugnación.

En este caso una Jueza de lo Contencioso Administrativo, competente para ello, en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa recurrente, dictó un auto de autorización de la entrada y registro, sin que en el recurso de apelación contra dicha resolución se apreciaran motivos de nulidad.

Cabe concluir, entonces, que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE, sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".

Como ya hemos dicho anteriormente, la citada sentencia del Tribunal Supremo se remite en sus fundamentos jurídicos a la doctrina fijada en este sentido por la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000 (...) Para determinar cuál debe ser el contenido de la Orden de Investigación acudiremos a la jurisprudencia comunitaria en cuanto que ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T-339/04), (...) teniendo en cuenta que la Orden de Investigación impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenido por la DC en esa fase previa de investigación, ello nos lleva a concluir que se matiza y se relativiza la exigencia de



una mayor concreción de los indicios que se tenían. Y, en el caso analizado, concluimos que si se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada de entrada y de registro domiciliario que garantiza el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Y ello porque, frente al criterio de la parte actora, entendemos que, si se concretan las prácticas, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren. Concretamente, en la Orden de Investigación se dice que el objeto de la investigación se centraba en investigar "posibles prácticas anticompetitivas en el sector de servicios de campañas de publicidad, especialmente en relación con los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión de campañas de publicidad. De la información que se dispone se desprende que diversas empresas activas en la prestación de estos servicios de intermediación podrían haber llegado a posibles acuerdos o prácticas concertadas para la fijación de precios u otras condiciones comerciales, un posible reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible".

Además, la Orden de Investigación circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas. (...) Esta Sala considera que la información reservada, cualquiera que pudiera ser su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: "si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".

En consecuencia, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, afirmamos que resulta excesivamente desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que, o bien no se conocen o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia. [...]».

Los anteriores razonamientos, por otro lado, ya conocidos por la parte, confirman la legalidad y motivación de la OI, sin que exista traza o visos de indefensión ocasionados a la parte recurrente en los términos expresado por la sentencia a la que nos hemos remitido parcialmente.

TERCERO.- Se lamenta de la falta de motivación generadora de indefensión, falta de respuesta y discrepancias no resueltas adecuadamente, al que añade en otro apartado el trato discriminatorio entre las empresas implicadas. Estos argumentos no pueden desconectarse de las quejas relativas a la falta de triplicación de la conducta y arbitrariedad de la acusación o la falta de pruebas.

Todos estos motivos de impugnación pueden recibir una respuesta conjunta en la medida que todos están guiados por el mismo de la falta de motivación.

Para dar una correcta respuesta a esta queja debemos centrarnos en los términos en los que tuvo lugar el procedimiento sancionador, su objeto, la actividad probatoria, su valoración y las conclusiones a las que llegó la autoridad sancionadora.

Recordemos que el origen de la investigación se centró en las actividades de intermediación en la compra de espacios publicitarios de las agencias de medios en los contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014, cuyo objeto era la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las campañas de publicidad de distintas Administraciones públicas. Se trata de un procedimiento que no tiene todos sus términos definidos por lo que, para la adjudicación de sus contratos derivados, los organismos peticionarios deben convocar siempre una segunda licitación a convocar por cada Administración interesada en las deben participar todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco. La duración inicialmente establecida era de dos años, con posibilidad de prórrogas sucesivas de seis meses hasta alcanzar un plazo máximo de duración total del acuerdo marco de tres años y medio, condicionando las licitaciones a la duración del Acuerdo.

La existencia del Acuerdo Marco que determina CARAT, MEDIA SAPIENS, PERSUADE, INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA) y MEDIA BY DESIGN que pueden competir por las diferentes licitaciones derivadas, los

precios máximos que estas empresas pueden ofertar y el contenido mínimo de sus planes estratégicos de comunicación.

Esta limitación a cinco de los oferentes y la transparencia en cuanto a su identidad, genera una barrera absoluta a la entrada de otras empresas que impide la presión competitiva de terceras agencias de medios no adjudicatarias y condiciona las circunstancias en que se ejerce la competencia entre las adjudicatarias.

Hasta el 25 de mayo de 2016 se habían adjudicado 22 contratos basados en el Acuerdo Marco, por importe de 32.260.847,66 euros (antes de la aplicación del IVA), de los que SAPIENS fue adjudicataria de 9 contratos, por valor de 7.796.384,87 euros; es decir, el 24,17%. A 30 de junio de 2017, coincidiendo con la elaboración del PCH se habían adjudicado 32 contratos basados en el Acuerdo Marco, por importe de 58.235.556 euros (antes de la aplicación del IVA), correspondiendo a la actora SAPIENS fue adjudicataria de 9 contratos, por valor de 7.796.384,87 euros; es decir, el 24,17%.

El acuerdo sancionador recoge los siguientes comportamientos Por la DC se detectaron las siguientes practicas sancionables que desglosa en (i) las comunicaciones entre competidores previas a la adjudicación definitiva del Acuerdo Marco; (ii) las actuaciones de las empresas incoadas durante la ejecución del Acuerdo Marco. Dentro de estas últimas destaca como conductas a) la no presentación de ofertas, b) la exclusión de ofertas, c) los intercambios de correos electrónicos relativos a determinados contratos, d) los intercambios de información no referidos a contratos concretos, e) las incidencias producidas en la ejecución de las licitaciones de los contratos basados en el Acuerdo Marco; y por último una serie de conductas residuales que se describen al folio 37 de la resolución sancionadora.

Basta con que nos centremos en algunos de los pasajes que el acuerdo sancionador dedica a lo que denomina hechos probados para ratificar la decisión a la que llegó la Administración sancionadora.

Para esta tarea no es preciso que describamos todos ellos, primero porque ya son conocidos por la parte y no se refutan de manera individualizada, y segundo y más importante, porque para poder imputarle la conducta infractora, basta con que se hubiera acreditado la participación en alguna de ellas con pleno conocimiento de su alcance y finalidad.

No obstante, a los meros efectos de la correcta motivación de la presente sentencia podemos destacar alguno de ellos, sin que ello signifique restar importancia a los pasajes que vamos a omitir, y para ello baste con que nos remitamos a la resolución sancionadora.

Destacamos el Intercambio de información que se reveló a la luz de determinados correos electrónicos relativos a los contratos en los que intervino la actora.

En la campaña 1/15-Transparencia, y respecto de la presentación de ofertas en esta licitación que debía realizarse entre el 19 de diciembre de 2014 y el 8 de enero de 2015, el 26 de diciembre de 2014 a las 12:45h y 13:07h, Cesareo (PERSUADE) escribió a Mariano (MEDIA SAPIENS) « [H]ola Mariano , Te paso mi cuadro Un abrazo [...] » y adjuntó unas estimaciones relativas a la campaña 1/15-Transparencia. Acto seguido, a las 13:39h del 26 de diciembre de 2014, Cesareo (PERSUADE) envió a Mariano (MEDIA SAPIENS) una nueva versión adjuntando un nuevo cuadro con fórmulas del acuerdo marco, recogidas en los folios 5555 y 5556. El mismo 26 de diciembre de 2014 a las 13:52h, Cesareo (PERSUADE) escribió a Domingo (YMEDIA) « [H]ola amigo, Te paso lo que me sale con las fórmulas del acuerdo marco. Los resultados serían: CARAT 50,97; MBD 61,50; PC 48,60; Media SAPIENS 50,54; OPTIMEDIA 49,09. En la hoja que te paso he metido datos de cobertura. Todavía no me ha llamado Mariano Un abrazo [...] ». A las 13:54h, Domingo (YMEDIA) contestó a Cesareo (PERSUADE) «[O] stias!!! Pues tenemos un problema». El 29 de diciembre de 2014, a las 11:16h, respondió Mariano (MEDIA SAPIENS) a PERSUADE e YMEDIA y adjunta su cuadro «Os mando un archivo con 3 pestañas. Por un lado, valoración Total Concurso, con puntuación real de las empresas. Por otro, la puntuación de este concurso basado, con alguna modificación en amarillo, que repercute directamente en la puntuación Final (tercera pestaña) Hablamos [...]».

En la Campaña 12/15, Promoción cultural y divulgación de los reales sitios, cuyo plazo de presentación de ofertas de esta campaña se extendía entre el 23 de febrero de 2015 y el 3 de marzo del 2015, el 25 de febrero de 2015 a las 14:32h Mariano (MEDIA SAPIENS) envió un correo a Cesareo (MEDIA BY DESIGN)28 y a otros destinatarios cuyas direcciones no ha podido ser identificadas en el que se decía « [H]ola, Os transmito mis impresiones finales de cara a Patrimonio Nacional. Creo que podemos presentarnos todos. Carat y Optimedia no variarán condiciones. MbD, Persuade y MS lo hacen como sigue [...]».

En la Campaña 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE), cuyo plazo de presentación de ofertas finalizaba el 12 de junio de 2015, Cesareo (PERSUADE) se comunicó con Mariano (MEDIA SAPIENS), el 2 de junio de 2015 a las 12:40h « [T]e paso el plan [...] » y se adjuntaba su plan estratégico de comunicación. El 9 de junio de 2015 a las 18:28h, Mariano (MEDIA SAPIENS) remitió su valoración económica de la campaña

a Cesareo (PERSUADE), poniendo en copia a Domingo (YMEDIA). La adjudicataria fue MEDIA SAPIENS que, pese a que mejora su oferta del Acuerdo Marco en menos elementos que OPTIMEDIA, presentó un plan estratégico de comunicación que le permitió obtener la puntuación máxima prevista que representaba el 20% de la puntuación total.

En la Campaña 9/16- Sensibilización contra la violencia de las mujeres 2016, el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el 25 de mayo de 2016 a las 17:30 horas. El 18 de mayo de 2016 a las 12:30 h, Mariano (MEDIA SAPIENS) envió un correo electrónico a Cesareo (PERSUADE) que contenía ofertas económicas para diferentes medios que coincidían con las que posteriormente presentó PERSUADE en esta licitación. La adjudicataria final fue MEDIA SAPIENS.

El acuerdo sancionador también se destaca otras comunicaciones no referidas en concreto con ninguna licitación. Entre las entidades MEDIA SAPIENS, YMEDIA y PERSUADE a finales de junio de 2015, de cara a coordinar su estrategia negociadora con la administración dentro del Acuerdo Marco, Mariano (MEDIA SAPIENS), el 23 de junio de 2015, remitió el correo « *[H]ola, Os paso un dato para que lo tengamos en cuenta...y lo usemos como creamos. Ya sabréis que A3 Cobertura con el cambio de cadenas de pauta única ya no representa el mismo producto que tarifamos en acuerdo o, a día de hoy. Cuando dimos precios de acuerdo marco, A3 cobertura estaba formada por a3+ Nova. Ahora es a3+Nova+ Mega ... a los efectos de comprar no nos afecta porque siguen pasando el mega precio ... pero en venta podríamos argumentar que no podemos dar el mismo precio porque el producto es diferente ... (tenemos una cadena más) Qué os parece Mandamos carta? Gracias. [...]* ». Domingo (YMEDIA) respondió el mismo día 23 de junio de 2015 « *[...] Buenas Igual lo que deberíamos hacer es una carta a modo consultivo ya que cada ministerio se acogerá a que el pliego dice "asociadas" no especificando así que nos lo echaran por tierra Lo hablamos el viernes? [...]* ». El día 25 de junio de 2015, Mariano (MEDIA SAPIENS) añadía « *[Y] ahora la FORTA [...]* »; a lo que Domingo (YMEDIA) respondía el mismo día 25 de junio « *[S]i, pero ¿cómo lo gestionamos con CORA? [...]* »; Mariano (MEDIA SAPIENS) contestaba a este correo el 26 de junio de 2015 « *[...] Yo diría que habría que hablarlo con jurídico, pero como primera medida un escrito aludiendo a un cambio en la oferta de cara al costo Grp ofertado que no es posible mantener. Esto sabemos que no afecta mucho pero no debemos perder opciones Hablamos si queréis el lunes en una call [...]* ».

El 7 de enero de 2016 Mariano (MEDIA SAPIENS) escribe a Cesareo (PERSUADE) « *[H]ola amigo, Qué tal? Feliz año!! Nos tomamos un cafetito la próxima semana y charlamos? Una cosa, este concurso lo controlabais vosotros, verdad? Abrazos. [...]* ».

La relación de correos y comunicaciones que se describe en los anteriores párrafos, revelan intercambios de información incompatibles con las buenas prácticas y el buen funcionamiento del mercado, y de las que la demanda no puede dar explicación alguna que las justifique. Es más, se son de tal contundencia y obscena claridad de lo que no puede hacerse de cara a las buenas prácticas entre competidores, que resulta una tarea rayana en la imposibilidad.

El párrafo 59 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, indica que: "la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambio de información se considerarán cárteles y, como tales, serán multado». La forma en que el intercambio ha tenido lugar, de las tres formas previstas en el párrafo 55 de la citada Directriz ha sido la forma directa entre los propios competidores.

El intercambio descrito revela con « *[u]na forma de coordinación entre las empresas mediante la cual estas, sin haber llegado nunca la realización de un acuerdo propiamente dicho sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas [...]* » como se dijo en apartado 26 de la STJUE 4 de junio de 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands.

CUARTO.- Invoca la demanda como causa de exclusión de la responsabilidad, el principio de confianza legítima. Al margen de que no se describe la precisa connivencia de la Administración en la conducta antijurídica, o incluso si así fuera, el resultado no dejaría de ser antijurídico. Todo lo más, podríamos esta ante una extensión del acuerdo al órgano o Administración responsable, como ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STS de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013. El que la Administración hubiera participado activamente en la perpetración de la infracción no implicaría la exoneración del resto de las empresas implicadas en el cártel. La activa participación o incitación de la Administración en unas prácticas anti colusorias podría conllevar la implicación en la infracción y su sanción, como se desprende de lo dicho por la citada sentencia del Tribunal Supremo, en cuanto « *[e]n el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino*

que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado. [...]», pero en ningún caso la exoneración del resto de los partícipes.

QUINTO.- También se cuestiona que estemos ante una infracción única y continuada y los errores en la descripción del mercado afectado.

Estamos ante infracciones de esta naturaleza lugar cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, como nos recordó la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

Es cierto que la resolución sancionadora no lleva a cabo una concreta descripción del plan preconcebido, extremo que llama la atención de la Sala puesto que no resulta difícil trazarlo a la luz tanto del mercado afectado, como de la comunicaciones y conductas desplegadas por las cinco empresas partícipes en el Acuerdo Marco.

De lo que no cabe duda, a la luz de los intercambios de información que hemos descrito, es que se ha materializado en un reparto fraudulento de pujas en los contratos derivados del Acuerdo Marco, alterando las condiciones de contratación, a través del reparto de pujas. Esto encaja sin dificultad en una infracción única y continuada en cuanto las conductas constituyen un acuerdo entre las empresas subsumible en el tipo del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

En cuanto a su duración, los contactos tuvieron lugar entre el 26 de diciembre de 2014 y el 25 de mayo de 2016, duración temporal a la que el acuerdo sancionador acota la infracción. Límites temporales compatibles con las fechas de los contactos y el contenido de las comunicaciones.

SEXTO.- Nulidad de la resolución a quo al infringir el principio de proporcionalidad de la sanción, donde encaja la errónea definición del mercado afectado, cuestiona la duración de la conducta, el volumen de ventas afectado y el error en la ponderación del tipo infractor por varios motivos.

Bajo estas alegaciones lo que se cuestiona es la motivación de la sanción impuesta.

Precisamos que el acuerdo sancionador ha seguido los criterios y las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013, que dejó sin efecto la comunicación de multas y corroboró que la cuantificación de la sanción debía circunscribirse a los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC. Esta previsión legal se concibe como el nivel máximo de un arco sancionador y que las sanciones deben individualizarse en función de la gravedad de las conductas, « [c]onstituye, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje (...) Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones. [...] ». Esto significa que la multa podría llegar hasta el 10% del volumen de negocios total, puesto que estamos ante una infracción muy grave. Como dice la resolución sancionadora la determinación de la sanción deberá concretarse en una horquilla que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho margen, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

Bajo esta premisa podemos afirmar que el acuerdo sancionador respeta los márgenes herméticos que se deriva de la cuantificación de la multa establecidos por el Tribunal Supremo.

A pesar de las críticas de la demanda sí es correcto del mercado afectado del que parte la determinación del volumen de negocio afectado, ya que tuvo en cuenta el definido por el Acuerdo Marco y sus consiguientes licitaciones, donde le correspondió a la actora un 24,8% sobre el total.

El volumen total de negocio de SAPIENS del ejercicio 2017, tras el requerimiento cumplimentado, ascendió a 13.953.116 euros. El tipo sancionador se fijó en un 4,5% sin que podamos apreciar infracción alguna del principio de proporcionalidad, si nos atenemos los porcentajes de los tipos infractores aplicados al resto de las empresas del cártel, que se movió en una horquilla de entre el 4 al 5,5 %.

Bajo esta premisa podemos afirmar que el acuerdo sancionador respeta los márgenes herméticos que se deriva de la cuantificación de la multa establecidos por el Tribunal Supremo. En definitiva, la cuantificación de la multa se fija en un porcentaje que sitúa por debajo de la media el tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes

respecto del valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas intervinientes en el cártel, que permitan corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

En definitiva, son claros los elementos que sirven para explicar la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en varias sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « [I]os criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 123/81) [...]».

SÉPTIMO.- Los anteriores razonamientos nos conducen al íntegra desestimación del recurso contencioso-administrativo en lo que se refiere a SAPIENS, lo que nos lleva a automáticamente a rechazar el primer motivo de impugnación de la sanción de 37.000 euros impuesta a don Mariano , que vincula el destino de su sanción a la de la empresa.

Restaría por analizar si está huérfana de motivación, como se alega en segundo lugar.

Don Mariano , era administrador único de MEDIA SAPIENS (primero directo y, desde el 1 de febrero de 2016, indirecto, a través de SAPIENS HOLDING GROUP, S.L., donde es también administrador único) y representante legal de la empresa de conformidad con el artículo 233.2.a) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. También era el máximo directivo de MEDIA SAPIENS, como consejero delegado. Establece el art. 63.2 de la LDC que « [A]demás de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto [...]».

Ninguna tacha cabe podemos hacer a la resolución desde el punto de vista de su motivación. Describe con detalle como la participación en la infracción de Mariano , junto a Cesareo (PERSUADE) y Domingo (YMEDIA). Respecto del primero se sustenta en los intercambios de información que afloraron en los correos que pasa a identificar «[d]e 26 de diciembre de 2014 (folios 5551 a 5556), de 29 de diciembre de 2014 (folio 5410 y 5411), de 25 de febrero de 2015 (folio 5424), de 2 de junio de 2015 (folios 5428 a 5511), de 9 de junio de 2015 (folios 5512 y 5513), de 25 de marzo de (folio 5560), de 23, 25 y 26 de junio de 2015 (folio 5596), de 7 y 11 de enero de 2016 (folio 5597), de 18 de abril de 2016 (folios 5514 a 5518), de 18 de mayo de 2016 (folio 5600). [...]».

Lo que se echa en falta, es una explicación razonable del contenido de esas comunicaciones teniendo en cuenta que se trata de personas con responsabilidad en las personas jurídicas por las que actuaban y a las que prestaban sus servicios.

Por último, en cuanto a la posible vulneración del derecho al honor, la STS de 9 de abril de 2019, recurso 4118/2017, ha corroborado que « [n]o está en juego el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18 CE pues la conducta desarrollada no ha tenido lugar en el ámbito de la vida privada y buen nombre del recurrente. La sanción impuesta lo ha sido como consecuencia de su conducta profesional voluntariamente desarrollada en una empresa que ha infringido la Ley de Defensa de la Competencia. [...]». Como advertimos en nuestras SAN 20 de abril de 2017, recurso 9/2016, el Legislador " [h]a entendido necesario atendiendo al interés general, que demanda el público conocimiento de un hecho de relevancia para el mercado como es la decisión de la CNMC por la cual impone una sanción por prácticas contrarias a la competencia. [...]».

OCTAVO.- Lo dicho en los anteriores razonamientos nos conducen a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a los recurrentes de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por MEDIA **SAPIENS SPAIN, S.L.** y don **Mariano** contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los



Mercados y la Competencia de 3 de mayo de 2018, en el marco del expediente sancionador NUM000 , AGENCIAS DE MEDIOS, con expresa condena en costas a la parte demandante.

Así por esta nuestra Sentencia, que se **notificará** en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ