



Roj: **SAN 5355/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5355**

Id Cendoj: **28079230062023100714**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/10/2023**

Nº de Recurso: **371/2018**

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: 0000371 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03934/2018

Demandante: CARAT ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiséis de octubre de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **371/2018**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira que actúa en nombre y en representación de la mercantil **CARAT ESPAÑA, S.A.U.**, contra la Resolución dictada en fecha 3 de mayo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000 AGENCIAS DE MEDIOS. 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 sentencia estimatoria por la que:

"Anule en su integridad la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 3 de mayo de 2018 en el expediente NUM000 , Agencias de Medios.

Subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución, anulando en su integridad o reduciendo de forma significativa la sanción impuesta a esta parte de 4.000.000 € de conformidad con los razonamientos expuestos en esta demanda, y en particular a la vista de la acreditada menor participación de mi representada en la infracción imputada".

SEGUNDO. El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba se dicte sentencia que 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 20 de septiembre de 2023.

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 actora CARAT ESPAÑA, S.A.U. impugna la Resolución dictada en fecha 3 de mayo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000 AGENCIAS DE MEDIOS.

La referida resolución impone a la entidad CARAT ESPAÑA, S.A.U. una sanción de multa por importe de 4.000.000 euros por la comisión de una infracción única y continuada por su participación, junto con otras empresas competidoras, en prácticas anticompetitivas que, según la CNMC, obedecían a una estrategia y finalidad común para repartirse los contratos de las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco 50/2014.

La parte dispositiva de la resolución impugnada tiene el siguiente contenido:

"Primero. 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:

- CARAT ESPAÑA, S.A.U., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.

- INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.

- MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre de 2014 hasta el 15 de octubre de 2015.

- 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.

- PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A., 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. Nicolas , por su participación en el cártel en su calidad de representante de PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.

- D. Octavio , por su participación en el cártel en su calidad de directivo de INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.

-D. Oscar , 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:

- CARAT ESPAÑA S.A.U.: 4.000.000 euros

(...)

Sexto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución".

Concretamente, la CNMC ha considerado que las empresas CARAT, PERSUADE, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN e YMEDIA (como cooperadora necesaria) y las personas físicas sancionadas realizaron conductas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE consistentes en el intercambio de información comercialmente sensible para el reparto del mercado de las licitaciones convocadas bajo el Acuerdo Marco 50/2014 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el mercado de los servicios de intermediación de medios desde diciembre de 2014 hasta mayo de 2016. Conductas que se han calificado como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 constitutivas de una infracción única y continuada al considerarse que las conductas de los imputados se ejecutaban como integrantes de un mismo un plan y de un comportamiento común dirigido al reparto fraudulento de las licitaciones alterando las pujas en los contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014 en el que habían resultado como empresas adjudicatarias, CARAT ESPAÑA, MEDIA BY DESIGN, MEDIA SAPIENS, OPTIMEDIA y PERSUADE. Contratos que tenían por objeto regular la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios destinados a la materialización de las campañas de publicidad de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Entidades Públicas Estatales.

La CNMC sostiene que esta actuación coordinada había tenido lugar a través de diversos contactos llevados a cabo entre las sancionadas en los que, antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas en los contratos derivados del Acuerdo Marco, se intercambiaban información relevante que no era pública para obtener el reparto fraudulento de las licitaciones alterando las pujas en los contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014.

El citado Acuerdo Marco 50/2014 tenía como objeto establecer:

- La estrategia y la planificación de la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios.
- La adaptación de la creatividad.
- La contratación de los espacios publicitarios.
- El asesoramiento y apoyo técnico necesario.
- El seguimiento y control de las campañas.
- La elaboración de una memoria a la finalización de la campaña.

Para la ejecución del citado Acuerdo Marco 50/2014 era necesaria la convocatoria de licitaciones posteriores por parte de los organismos petitionarios. Y era el organismo interesado en la realización de la campaña publicitaria correspondiente (Ministerio, Organismo Autónomo, etc.) el encargado de la consulta a los licitadores, de la recepción y del análisis de las ofertas recibidas, así como de la elevación al órgano de contratación de la propuesta de adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014 de conformidad con lo previsto en el artículo 206.3.b) de la Ley de Contratos del Sector Público. No obstante, el Acuerdo Marco determinaba una serie de elementos de esa segunda licitación a los que debían ajustarse los contratos que en él se basaran y, entre ellos, destacamos que:

- Determinaba que las empresas que podían concurrir a las licitaciones de los contratos basados en el Acuerdo Marco eran las cinco adjudicatarias del citado Acuerdo Marco.
- Fijaba los precios máximos o porcentajes de descuento mínimos aplicables a cada espacio y soporte publicitario.
- Establecía las condiciones generales de los servicios y términos básicos.

Destacamos, además, que en fecha 20 de febrero de 2015 la administración insertó en CONECTA CENTRALIZACIÓN una nota informativa en la que clarificaba diversas cuestiones surgidas sobre la ejecución del Acuerdo Marco y, entre otras cuestiones, se indicaba la obligación que tenían todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco de presentar oferta válida para las licitaciones de todos los contratos basados en el Acuerdo Marco siempre que hubieran recibido la solicitud de oferta en los términos obligados por la ley; asimismo, se informó de la obligatoriedad de presentar una estrategia de comunicación en los procedimientos de licitación de los contratos que, como mínimo, debía recoger la estrategia de medios para la consecución de los objetivos, justificando los medios a utilizar, su formato, la inversión en cada medio y



la evaluación teórica de los resultados que se obtendrían, el calendario previsto de la campaña y el equipo de trabajo asignado al proyecto. Y se indicaba también como la no presentación del plan estratégico de comunicación en cuanto impedía al órgano responsable de la campaña valorar correctamente las ofertas presentadas, ello era, por sí mismo, motivo de exclusión de las empresas que no lo presentasen, salvo que el órgano competente para el examen de las proposiciones y la propuesta de adjudicación motivase que tal defecto no constituía un incumplimiento grave y definitivo de las obligaciones esenciales establecidas en los pliegos de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco 50/2014.

La entidad ahora recurrente, CARAT ESPAÑA, S.A.U., fue una de las cinco empresas que resultó adjudicataria en el Acuerdo Marco 50/2014 y es una empresa perteneciente al grupo DENTSU AEGIS NETWORK que se dedica al ejercicio de actividades relacionadas con la publicidad y las relaciones públicas, especialmente a la intermediación publicitaria como agencia de medios.

SEGUNDO. La CNMC recoge en la resolución sancionadora las conductas llevadas a cabo por las empresas sancionadas y algunos de sus directivos relacionadas con la ejecución del Acuerdo Marco 50/2014 que ha calificado como anticompetitivos:

A. Las empresas sancionadas no presentaban ofertas en todas las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco referido, pese a que, por ser adjudicatarias en el Acuerdo Marco 50/2014, tenían obligación de hacerlo. Y esa conducta, a juicio de la CNMC, no solo implicaba incumplimiento de una de las obligaciones asumidas como adjudicatarias en el Acuerdo Marco, sino que la no presentación se debía a los acuerdos existentes entre las adjudicatarias por los que se repartían el mercado en cada licitación.

B. En reiteradas ocasiones las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco presentaban ofertas en las licitaciones derivadas de la ejecución de ese Acuerdo Marco que resultaban excluidas porque (i) no contenían una oferta económica válida al ser menos favorable que la presentada en el Acuerdo Marco o al no satisfacer las condiciones de la campaña concreta o porque (ii) no contenían la necesaria estrategia de comportamiento o contenían uno deficiente que no cumplía los requisitos exigidos en la campaña concreta. Y la presentación de las ofertas con esos defectos que determinaban su exclusión se debían, según la CNMC, al acuerdo del reparto de mercado.

C. Las empresas sancionadas, competidoras entre sí, mantuvieron contactos a través de correos electrónicos que se remitían en relación con las licitaciones de los contratos basados en la ejecución del Acuerdo Marco 50/2014 en los que se comunicaban la estrategia a seguir para resultar en cada caso adjudicatarias. Y en este sentido la CNMC en la resolución sancionadora señala que: *"E xiste evidencia de comunicaciones entre competidores previas a la fecha de cierre de presentación de ofertas en diversas licitaciones basadas en el Acuerdo Marco. En cuanto al contenido de estas comunicaciones, en algunas de ellas se recogen las estimaciones hechas por las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, sobre la valoración de las ofertas económicas de los concurrentes a diferentes licitaciones basadas en el acuerdo marco; mientras que en otras se remiten el plan estratégico de comunicación que proponen para un determinado concurso basado en el acuerdo marco, antes de finalizar el plazo para la presentación de ofertas al mismo"*.

Por ello, la CNMC concluye que: *"Los contactos entre las empresas incoadas que están siendo objeto de tipificación se insertan en un contexto jurídico y económico particular, caracterizado por la existencia de un Acuerdo Marco que determina las cinco empresas que pueden competir por las diferentes licitaciones derivadas, los precios máximos que dichas 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. Ha quedado acreditado que las condiciones en que se ejecuta el Acuerdo Marco no solo permiten, sino que implican o exigen, la competencia entre las adjudicatarias a las que se imponen una serie de exigencias. Igualmente ha quedado acreditado que el diseño de la fórmula de valoración de las ofertas suponen que la puntuación que pueda obtener cada uno de los oferentes, esté condicionada por las ofertas realizadas por el resto de licitadores. El conocimiento por parte de todas las adjudicatarias del Acuerdo Marco de los precios máximos que cada una podía ofertar en cada licitación derivada (por ser los que se ofertaron en el Acuerdo Marco) y de las fórmulas de valoración de las distintas ofertas, contribuyen a una especial eficacia de las conductas de las empresas para distorsionar la competencia. De hecho, la fórmula de cálculo de las ofertas tanto en el Acuerdo Marco como en los contratos derivados supone que la puntuación que obtenga cada oferta dependa de las del resto de licitadores, lo que aumenta las vías de alteración de los resultados de las licitaciones"*.

Y, en relación con CARAT, la CNMC entiende que la documentación referida a sus ofertas se ha remitido a la empresa YMEDIA quien, en su papel de facilitador entre las empresas sancionadas, trasladaba posteriormente a las otras empresas que también habían resultado licitadoras en el Acuerdo Marco para poder así no solo



conocer el comportamiento de cada una de las licitadoras sino también consensuar el comportamiento que debía seguirse en las licitaciones de los contratos resultantes de la ejecución del Acuerdo Marco.

TERCERO. En el escrito de demanda presentado por la entidad recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora y, subsidiariamente, que se declare la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa y que, en consecuencia, se reduzca el importe de la multa. Y para ello efectúa las siguientes consideraciones.

Refiere que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque se le ha sancionado sin que exista una sola prueba directa que acredite su participación y conocimiento de las conductas colusorias sancionadas ya que, según sostiene, desconocía por completo que la mercantil YMEDIA remitía a las otras empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco 50/2014 las ofertas de las licitaciones que le remitía y entregaba antes de su presentación para que hiciera observaciones ya que formaban parte del mismo grupo empresarial. Por ello, sostiene que se le esta sancionando por la actuación de un tercero, YMEDIA, lo que vulnera el principio de personalidad de las penas.

Además, señala que no hay prueba directa de que hubiera encomendado a YMEDIA una actuación concreta consistente en que intermediase por ella en los acuerdos colusorios. Al contrario, insiste en que las comunicaciones entre CARAT e YMEDIA son plenamente legítimas porque formaban parte del mismo grupo empresarial. En este sentido sostiene que, como consecuencia de la entrada del Grupo Dentsu en el accionariado de YMEDIA, CARAT como miembro del Grupo Dentsu utilizó la experiencia previa de YMEDIA en licitaciones del sector público para ajustar mejor sus ofertas a las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco, teniendo en cuenta en particular que YMEDIA no había sido adjudicataria del Acuerdo Marco y que, por tanto, no participaba en esas licitaciones. Así, en el contexto de esa operación societaria en el año 2013 y a la vista de la futura integración completa (prevista para 2019), ambas compañías decidieron cooperar en el ámbito del Acuerdo Marco dado que YMEDIA no había resultado adjudicataria de este. La cooperación acordada implicaba que CARAT podía disponer de la experiencia de YMEDIA en la preparación de las licitaciones y ejecución de los contratos públicos derivados del Acuerdo Marco. Y es en este contexto en el que CARAT e YMEDIA cooperan y en el que se insertan las comunicaciones tenidas en cuenta por la CNMC para sostener su acusación.

Insiste en que desconocía la actuación paralela de YMEDIA y, según dice, la CNMC no ha probado ningún tipo de conocimiento, mandato, instrucción o aceptación de tal conducta por CARAT. Es absolutamente inadmisibles que pretenda atribuirse a CARAT responsabilidad alguna por el hecho de que Octavio, empleado de YMEDIA, remitiera a un tercero alguna de estas comunicaciones. CARAT no solo desconocía ese hecho, sino que se ha llevado a cabo sin su conocimiento o autorización.

Por otra parte, la recurrente apoyándose en el Informe económico emitido por KPMG concluye que la actuación de CARAT tiene lógica económica y su relación con YMEDIA tiene una explicación objetiva en el contexto de una integración empresarial en la que CARAT e YMEDIA pertenecían al mismo grupo empresarial, Grupo Dentsu, pero CARAT no tenía control alguno sobre YMEDIA porque no compartían sede social; no compartían la dirección diaria de la compañía ni tampoco compartían áreas funcionales, pues en cada compañía había una dirección de investigación, de desarrollo de producto, de contenido o de innovación. Además, CARAT e YMEDIA no tenían los mismos accionistas ni la misma estructura, gestión ni composición de los Consejos de Administración. Ello determina, según expone en su demanda, que no se puede imputar a CARAT la actuación de YMEDIA.

Subsidiariamente, sostiene que, si se considerara que CARAT e YMEDIA formaban una única unidad económica, se estaría violando el principio Non Bis in Ídem, que prohíbe la duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento puesto que se ha sancionado tanto a CARAT como a YMEDIA. Y añade que si se considerase que las dos empresas formaban una unidad económica y que CARAT actuó a través de YMEDIA procedería, entonces, una única sanción para evitar una duplicidad de sanciones por una conducta única.

Finaliza su defensa alegando la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción de multa, así como la vulneración del principio de proporcionalidad que determina la nulidad de la sanción de multa impuesta o, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa.

Por el contrario, el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda interesa la desestimación del recurso interpuesto porque considera que la entidad recurrente ha participado en las conductas imputadas a través de YMEDIA que, como entidad facilitadora de las prácticas sancionadas, comunicaba el comportamiento de CARAT en cada una de las licitaciones a las otras empresas licitadoras. Y añade que CARAT conocía o pudo conocer el comportamiento de YMEDIA ya que, como no es aceptable la explicación



alternativa que ofrece para justificar su relación con YMEDIA, solo es comprensible esa relación si se entiende que se servía de esa intermediación para participar en las conductas imputadas y sancionadas.

CUARTO. Centrado el objeto de debate debemos ahora analizar si las empresas sancionadas -entre ellas, la recurrente- han actuado de forma concertada realizando prácticas colusorias constitutivas de una infracción única y continuada consistentes en el intercambio de información comercialmente sensible, en la fijación de precios y otras condiciones comerciales y en el reparto del mercado de las licitaciones convocadas bajo el Acuerdo Marco 50/2014 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Esta Sala, al igual que la CNMC, considera que el comportamiento de las empresas sancionadas y de algunos de sus directivos evidencia una actuación concertada contraria a la competencia que perseguía una estrategia común de actuación en las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco 50/2014 tendentes al reparto del mercado alterando las pujas en esas licitaciones a través de prácticas concertadas realizadas entre las empresas licitadoras del Acuerdo Marco y la empresa YMEDIA que actuaba como facilitadora o como cooperador necesario. Conclusión que obtenemos una vez que hemos analizado el material probatorio que figura en el expediente administrativo que evidencia ese comportamiento común anticompetitivo.

En este sentido destacamos el contenido de algunos correos electrónicos remitidos entre las licitadoras del Acuerdo Marco con carácter previo a la fecha de presentación de las ofertas en las licitaciones derivadas de ese Acuerdo Marco que permiten concluir que actuaban de forma concertada para determinar quién debía ser la adjudicataria pues conocían de forma previa a su presentación el contenido de las ofertas. Así destacamos:

(a) En la Campaña 1/15-Transparencia el correo enviado en fecha 26 de diciembre de 2014 por Nicolas (PERSUADE) a Oscar (MEDIA SAPIENS) en el que se dice:

"Hola Oscar ,

Te paso mi cuadro

Un abrazo"

Y a ese correo se adjuntaban unas estimaciones relativas a la campaña 1/15-Transparencia.

Correo remitido el día 26 de diciembre de 2014 por Nicolas (PERSUADE) a Octavio (YMEDIA):

"Hola 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 Oscar

Un abrazo"

En el correo enviado el 29 de diciembre de 2014, Oscar (MEDIA SAPIENS) responde 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"

(b) En la Campaña 4/15- Violencia de género.

El 13 de febrero de 2015, dentro del plazo para presentar ofertas en esta licitación, Octavio (YMEDIA) envía un correo electrónico a Nicolas (PERSUADE) en el que traslada la estrategia de medios elaborada y previamente enviada por CARAT para este concurso diciendo:

"Buenos días

Me mandan esto para que empecemos a componer nuestro documento

¿Puedes meterle mano?

Recuerda que nuestro doc debe ser poco valorado

Un abrazo y gracias".

(c) En la Campaña 5/15-Enfermedad Mental

En fecha 16 de febrero de 2015, Nicolas (PERSUADE) envía a Octavio (YMEDIA), el siguiente correo electrónico, también dentro del plazo para presentar ofertas a esta licitación:

"hola, amigo,

carat 89.42

mdb 85.19

pc 79.32

ms 82.59

opt 83.70

un abrazo"

Ese mismo día, Octavio (YMEDIA) contesta a las estimaciones realizadas por Nicolas (PERSUADE), en las que se veía posicionada a CARAT en primer lugar, diciendo:

"Pues en ambos, si los quiere mbd, tendrá que bajar precios"

En esta campaña las puntuaciones obtenidas por las empresas se corresponden exactamente con las estimadas en el correo electrónico de PERSUADE de 16 de febrero de 2015. salvo en el caso de OPTIMEDIA que logra 84.02 puntos.

(d) En la Campaña 9/15 de la Dirección General de Tráfico.

Antes de finalizar el plazo para presentar ofertas para esta licitación, CARAT intercambió comunicaciones con el Ministerio del Interior solicitando aclaración sobre algunos extremos de la propia licitación. Y el contenido de esas comunicaciones fue posteriormente trasladado a Octavio (YMEDIA) en cuyo correo CARAT le dice: *"He vuelto a insistir"*. Al que Octavio (YMEDIA) responde a CARAT:

"Tienen unos huevos que se los pisan porque el acuerdo de mínimos no se refiere a eso y porque como nuestra propuesta base de descuentos por medios se ha de respetar, no tiene forma de saber si lo estamos respetando o lo estamos bajando

Es un alucine lo del acuerdo marco"

(e) En la Campaña 12/15 - Promoción cultural y divulgación de los reales sitios.

En fecha 25 de febrero de 2015 Oscar (MEDIA SAPIENS) envió un correo a MEDIA BY DESIGN en el que se decía:

"Hola,

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 el anexo no se pide cobertura y no hay ninguna referencia a P.O. y ámbito por lo que lo ideal es que a MbD y Persuade se le olvide ponerla y si se la reclama después pusiera un 44.7% (MbD) y un 14.5% (Persuade).

Por favor, confirmar recepción y darme vuestro OK.

Saludos"

(f) En la Campaña 14/15- Productos alimentarios.

En el correo electrónico enviado el 7 de mayo de 2015 por parte de PERSUADE a YMEDIA, dentro del período de presentación de ofertas, se dice:

"Hola amigo,

Si se puede ganar pasta con este concurso, a lo mejor interesaría ganarlo.

Para MS lo veo complicado por su oferta, pero claro a lo mejor sabe cómo.

Un abrazo"

(g) En la Campaña 15/15- Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP)

En fecha 25 de marzo de 2015, Octavio (YMEDIA) traslada a Nicolas (PERSUADE) un correo electrónico de CARAT relativo a la campaña 15/15- Universidad Internacional Menéndez Pelayo en el que CARAT dice:

"Buenos días,

Te adjunto el documento de uimp. Sólo nos falta evaluación. Los datos que hay en la plantilla no valen, son de otro.

Comentarte que con el presupuesto que dan no se llega a la planificación que quieren."

Correo al que adjuntaba su estrategia de medios y tres tablas.

En el correo de 26 de marzo de 2015 Octavio (YMEDIA) envía a Nicolas (PERSUADE) un correo electrónico de CARAT escrito ese mismo día, en el que CARAT comunica: *"Cobertura total 27.1%".*

(h) En la Campaña 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE)

Nicolas (PERSUADE), en un correo electrónico de 29 de mayo de 2015 traslada su estimación sobre la campaña a Octavio (YMEDIA): *"Aquí va a ganar el que quiera el IDAE."*

Nicolas (PERSUADE) se comunica con Oscar (MEDIA SAPIENS), el 2 de junio de 2015: *"Te paso el plan"* y a este correo se adjunta su plan estratégico de comunicación.

(i) En la Campaña 18/15- Fraude Fiscal

En fecha 9 de abril de 2015, Octavio (YMEDIA) envió un correo electrónico a PERSUADE diciendo que *"creo que así no lo asegura mejor, si carat cambia precios"*, en el que se adjunta una tabla con precios y descuentos para la campaña y se le pregunta a PERSUADE por su opinión. El 17 de abril de 2015 Octavio (YMEDIA) reenvió a Nicolas (PERSUADE) un correo electrónico de CARAT del 16 de abril de 2015 en que CARAT afirmaba:

"Hola Octavio ,

Te envío el Anexo II completado y ppt a incluir según punto 6 del Anexo II de Agencia Tributaria para que le eches un vistazo y nos des el ok.

En caso de cualquier cambio, nos comentas.

Gracias"

CARAT adjunta a este correo electrónico su estrategia de medios.

(j) En la Campaña 19/15- Fuerzas Armadas.

En fecha 16 de abril de 2015, Nicolas (PERSUADE) remitió a Octavio (YMEDIA) el siguiente correo electrónico: *"Sorprendentemente gana Media Sapiens, aunque se presente Mbd, pq será?"*

En este correo se adjuntaba un cuadro excel con una serie de valoraciones que se correspondían con los precios ofertados por las agencias en el Acuerdo Marco.

MEDIA SAPIENS fue la adjudicataria de este concurso en el que MEDIA BY DESIGN no presentó oferta y CARAT la presentó fuera de plazo, por lo que fue excluida.

(k) En la Campaña 21/15- Transporte Público.

En fecha 30 de abril de 2015, Octavio (YMEDIA) envió un correo electrónico a Nicolas (PERSUADE):

"Buenas

Ya dirá nuestro amigo si lo quiere, pero sugiero ir a perderlo

Obligaran a renfe y ahí se palma seguro

Así que presentaremos un mero óptico de Tv al máximo de inversión, sin exterior ni cine y con máximo en radio y mínimo en digital Ninguna mejora, por supuesto.

Condiciones: según le interesen a tu amigo

Te parece?"

(l) En la Campaña 28/15- Prevención de VIH y otras ITS

El 9 de septiembre de 2015, Nicolas (PERSUADE) escribe a Octavio (YMEDIA): *"Como no se presente Pedro Francisco o Pablo Jesús ..."*



Y, efectivamente, en esta campaña de escaso importe, solo OPTIMEDIA presentó oferta y se le adjudicó la campaña sin tener ningún tipo de competencia y a pesar de haber ofertado sus precios y descuentos del acuerdo marco.

(m) En la Campaña 9/16- Sensibilización contra la violencia de las mujeres.

El 12 de mayo de 2016 Nicolas (PERSUADE) escribió a Octavio (YMEDIA):

"Hola Amigo,

Te paso el Excel de Violencia 2016 (con los 4, sin Media Sapiens y sin Media Sapiens-Persuade)

Lo que hay que hacer es que Media Sapiens no vaya y jugar con los precios de Persuade para conseguir más ventaja sobre optimedia.

De los 100 puntos, los precios son 80 y hay 15 que se dan en función de % de GRPS en PT, posicionados y fuera de PT, posicionamiento en radio, cuñas máxima audiencia, paginas impar en prensa, color, 1/3 del periódico, impresiones en la home y posiciones en bobina de cine.

Un abrazo"

En definitiva, el contenido de los correos electrónicos ponen de manifiesto que las empresas y directivos sancionados se comunicaban entre sí de forma previa a la presentación de las ofertas conociendo cada uno de ellos cual era la oferta que iba a presentarse para alterar el sistema competitivo en la adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco toda vez que las empresas competidoras (con la intermediación de YMEDIA) disponían de las estrategias comerciales y de otros elementos sensibles (estimaciones de ofertas económicas y técnicas, de descuentos, PEC, estrategias de defensa e incluso facturas). Y ese conocimiento conducía al acuerdo sobre quién sería el adjudicatario de cada licitación alterando así las condiciones de competencia entre las empresas licitadoras del Acuerdo Marco y para ello, en algunas ocasiones, no presentaban ofertas a las licitaciones a pesar de estar obligados por el Acuerdo Marco y, además, sin referir razones de lógica económica que pudiera, en su caso, justificar ese incumplimiento o no presentaban el plan estratégico de comunicación o lo hacían de forma incompleta para poder así ser excluidos de la licitación y no ser competitivos.

Y este Tribunal concluye que esos comportamientos constituyen conductas colusorias prohibidas en el artículo 1.1. de la LDC en cuanto que dicho precepto prohíbe acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia lo que permite su calificación como infracción por el objeto en la medida en que por su naturaleza podían impedir, restringir o falsear la competencia toda vez que, atendiendo al contenido de los acuerdos, a los objetivos que pretendían alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se adoptaron poseían un grado de nocividad suficiente como para poder considerarse una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, lo cual, tal como se recoge por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de marzo de 2018, hace innecesario examinar los efectos anticompetitivos producidos en el mercado.

QUINTO. Aunque hemos declarado que los comportamientos realizados por las empresas sancionadas son anticompetitivos y constituyen una infracción única y continuada, no obstante debemos analizar si la recurrente ha participado en esos comportamientos toda vez que, en su escrito de demanda, niega esa imputación.

La recurrente niega su participación en la realización de conductas colusorias junto con otras empresas ya que, según dice, su única imputación es por su relación con la empresa YMEDIA cuyo comportamiento desconocía al igual que las comunicaciones que mantenía con las otras empresas sancionadas. Admite que remitía a la empresa YMEDIA información relativa a las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco 50/2014 pero ignoraba que posteriormente remitiera esa misma información a las otras empresas que, como licitadoras del Acuerdo Marco, estaban obligadas a participar en las licitaciones pudiendo conocer así la estrategia comercial que iba a presentar CARAT. Y, según la recurrente, la única prueba por la que la CNMC imputa a CARAT son los correos electrónicos enviados por CARAT a YMEDIA -considerada por la CNMC como facilitadora de las practicas colusorias- pero que, según expone, tienen una explicación alternativa a la práctica colusoria imputada. Y esa imputación implica, a su juicio, vulneración del principio de personalidad de las penas toda vez que se le esta sancionando por la conducta llevada a cabo por un tercero, YMEDIA, quien remitía los documentos y datos aportados por CARAT al resto de las empresas sancionadas sin que de ello CARAT tuviera conocimiento.

Por el contrario, la CNMC imputa a la mercantil CARAT porque ha entendido que participaba en las conductas colusorias a través de un intermediario, YMEDIA, rechazando, además, la explicación alternativa ofrecida por CARAT para considerar lícita la remisión de documentación por parte de CARAT a YMEDIA. Y en este sentido la CNMC concluye en la resolución impugnada que: *"En ninguno de los casos de que se tiene constancia,*



resulta plausible la justificación ofrecida por CARAT al intercambio de información referida a las licitaciones con la empresa YMEDIA. No solo no se ha acreditado mejora alguna en sus ofertas derivada de ese intercambio; tampoco se ha acreditado que se hayan mantenido por parte de CARAT las cautelas exigidas por la Ley de Contratos del Sector Público respecto del secreto de las ofertas, ni se han acreditado (a pesar de haberse preguntado expresamente este extremo en la vista) medidas de precaución que se hubiesen adoptado en la empresa para evitar esta filtración de la información, ni medida alguna específica respecto de los responsables adoptada a posteriori a este respecto. Además -y, sobre todo- CARAT presentó -en la mayoría de los casos en que se tiene constancia de transmisión de la información a YMEDIA- ofertas no mejoradas y la información remitida por CARAT se reenvía a PERSUADE sin que YMEDIA aporte know how de ningún tipo. De todo lo expuesto se deduce que el papel de YMEDIA en los intercambios de información referidos a las licitaciones de los contratos derivados del Acuerdo Marco (del que no había resultado adjudicataria) solo se explica si se considera a esta empresa el instrumento utilizado por otra empresa de su grupo (CARAT) y el resto de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco". Y la CNMC añade que "Del propio contenido de la información intercambiada se concluye que la información que CARAT remitía a YMEDIA sin indicación del propósito del envío, no encaja con ninguna colaboración lícita entre empresas de un mismo grupo y el reenvío de dicha información a PERSUADE tampoco puede incluirse en el objeto de una relación comercial orientada a la adquisición de espacios en medios de comunicación. La interpretación alternativa alegada por estas empresas no puede ser acogida. Ni CARAT ni YMEDIA han documentado explicaciones relativas al supuesto asesoramiento prestado por YMEDIA a CARAT sobre sus ofertas en las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco, ni consta en el expediente ninguna comunicación entre estas empresas en este sentido. En estas circunstancias cabe recordar que la jurisprudencia exige a los particulares que deseen desvirtuar una presunción lógica, construida por la administración sobre pruebas sólidas, que aporten los documentos que consideren oportunos para acreditar que su explicación es correcta y equivocadas las conclusiones extraídas por la administración de las pruebas recabadas. Por ejemplo, el Tribunal Supremo afirma que: "Ciertamente, corresponde a la Administración la carga de la prueba, pero habiendo aportado las evidencias suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, la falta de una contraargumentación sólida al respecto por parte de la operadora no deja de ser sumamente significativa".

SEXTO. La recurrente insiste ahora en vía judicial que no se le puede sancionar por la conducta realizada por un tercero, YMEDIA, cuyo comportamiento desconocía por completo y cuando, además, tenía la creencia de que las relaciones existentes entre ambas empresas estaban basadas en criterios lícitos desde el punto de vista de la competencia. Y, según ella, son motivos suficientes como para excluirla de la participación en las prácticas colusorias antes definidas bien por su falta de participación y bien por su falta de conocimiento. Relaciones con YMEDIA que, según sostiene, eran lícitas porque ambas empresas formaban parte del mismo grupo empresarial y por ello CARAT entendía lícito que pudiera tener en cuenta los conocimientos y la experiencia que YMEDIA tenía en este mercado y ese es el motivo por el cual le remitía todas sus propuestas antes de presentar las ofertas en cada licitación derivada del Acuerdo Marco 50/2014 para que, precisamente, le asesorara. Y, concluye que, las comunicaciones entre CARAT e YMEDIA no son más que el reflejo de la colaboración legítima entre ambas empresas.

Esta Sala, sin embargo, no acepta la explicación alternativa ofrecida por CARAT para justificar la licitud de la colaboración entre ella e YMEDIA ya que (i) no hay ningún elemento probatorio que pueda justificar la lógica empresarial por la cual CARAT remitía a YMEDIA sus ofertas antes de finalizar el plazo de presentación en las licitaciones pues es poco creíble que pudiera ser con el objetivo de asesorarle aprovechando la experiencia de YMEDIA -por cierto, no acreditada- en la preparación de las licitaciones y ejecución de los contratos públicos cuando en algunos de los contratos CARAT es excluida precisamente por presentar una oferta inconsecuente con sus propios compromisos dentro del Acuerdo Marco o por aportar un plan teórico de medios deficiente o porque no presentaba el Plan estratégico de comunicación o lo hacía de forma defectuosa o incumplía la cobertura solicitada en las prescripciones del concurso; (ii) no existe ningún contrato de prestación de servicios que justifique que YMEDIA pudiera valorar la idoneidad de las propuestas de CARAT para presentarse a las licitaciones analizadas ya que la mera pertenencia a un mismo grupo empresarial, cuando actúan como empresas independientes, no justifica la realización del asesoramiento que, según CARAT, realizaba YMEDIA respecto de todas las ofertas de forma continuada en el tiempo; (iii) no consta que YMEDIA, salvo por la recomendación de las terceras empresas, indicara a CARAT la posibilidad de introducir mejoras en las propuestas que le remitía y (iv) no consta que CARAT haya reaccionado, en su caso, frente a la vulneración de confidencialidad que puede implicar el comportamiento de YMEDIA cuando reenviaba su documentación comercial sensible a terceras empresas sin su conocimiento y consentimiento.

En definitiva, las relaciones entre CARAT e YMEDIA, que actuaba como facilitadora, no tienen una justificación económica lógica ni empresarial y solo tienen una explicación y es que los indicios antes relatados para rechazar la explicación alternativa llevan a este Tribunal a la convicción de que esa relación permitió a CARAT participar en las prácticas colusorias sirviéndose de YMEDIA quien actuó como intermediaria en sus relaciones



con terceros competidores. Y, por esa misma razón, rechazamos la afirmación de la recurrente cuando expone que se le está sancionando por la actuación de un tercero que desconocía; al contrario, se sanciona a CARAT por su propio comportamiento puesto que los indicios antes expuestos debieron llevarle al convencimiento, al menos a título de culpa in vigilando, de que la remisión a YMEDIA de las propuestas de licitación tenía una finalidad anticompetitiva puesto que no hay ninguna prueba que demuestre la licitud de esa remisión a YMEDIA ni tampoco la remisión a las otras empresas por parte de YMEDIA salvo la de consensuar la participación en cada licitación al margen de un sistema competitivo entre las cinco empresas licitadoras del Acuerdo Marco 50/2014. Asimismo, el contenido de algunos de los correos enviados por CARAT a YMEDIA no permiten concluir que efectivamente hubiera entre ambas empresas una actividad de asesoramiento como así se aprecia en el correo remitido por CAART en fecha 25 de marzo de 2015 a YMEDIA, en relación con la contratación de la UIMP, en se dice: *"Te adjunto el documento de uimp. Solo nos falta la evaluación. Los datos que hay en la plantilla no valen, son de otro. Comentarte que con el presupuesto que dan no se llega a la planificación que quieren"*. Y en el correo enviado en fecha 26 de marzo de 2015 CARAT le dice a YMEDIA: *"Cobertura total 27,1%"*. Asimismo, se han acreditado contactos entre CARAT e YMEDIA en los que CARAT le enviaba información sobre documentación o certificados que las empresas debían presentar a la administración convocante y que YMEDIA luego reenviaba la mercantil PERSUADE como así se aprecia en la comunicación contenida en los folios 5971 a 5973 que se refiere al procedimiento que iba a seguirse en la facturación de las campañas por parte de la Administración y que, por tanto, no se trataba de una cuestión sobre la que CARAT pudiera buscar el asesoramiento de YMEDIA.

La parte actora se apoya en el informe pericial emitido en fecha 20 de junio de 2019 por KPMG Asesores S.L para justificar la licitud de la relación entre CARAT e YMEDIA. En dicho informe se analiza el funcionamiento del mercado de los servicios de intermediación de medios amparados bajo el Acuerdo Marco 50/2014 y explica, desde el punto de vista económico, la racionalidad que puede justificar el comportamiento de CARAT para no presentarse a algunas licitaciones diciendo: *"En síntesis, en esta sección hemos analizado algunos ejemplos en los cuales se puede evidenciar que el diseño y ejecución de las campañas pueden tener una serie de restricciones, derivadas tanto de sus pliegos técnicos, como de la gestión de las mismas por parte de los entes contratantes, que las harían poco atractivas desde un punto de vista económico. Si dichas restricciones, producen una serie de extra-costes que son anticipables por los competidores, resultaría lógico que una agencia tome la decisión racional de no competir por determinadas campañas. Por el contrario, si los extra-costes no son anticipables, estos implicarían una menor rentabilidad a posteriori en la provisión del servicio. Por tanto, los datos analizados son consistentes con la regla de decisión de las agencias descrita en la anterior sección, según la cual, las agencias tienen incentivos a competir intensamente por concursos en los que el presupuesto máximo de licitación sea igual o superior al coste de provisión del servicio, pero no se presentaran en aquellos casos en los que no puedan lograr dicho coste mínimo de provisión"*. Y se concluye en el informe pericial indicando: *"Nuestra conclusión principal es que dadas las características del esquema de subastas bajo el cual se configura el mercado, los requisitos y condicionantes exigidos en los pliegos de cada licitación derivada pueden hacer que la decisión racional de una agencia que opera en este mercado sea no competir por la provisión de los servicios en un determinado contrato derivado del AM"*.

El citado informe pericial analiza la calidad o conveniencia del diseño del Acuerdo Marco así como de las licitaciones derivadas para justificar por razones de racionalidad económica la no presentación a algunas de las licitaciones. No obstante, esas conclusiones no permiten exculpar a la mercantil CARAT de su participación en las prácticas colusorias por las que se le ha sancionado: Reparto del mercado, fijación de precios y otras condiciones comerciales e intercambio de información comercial sensible entre las cinco empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco 50/2014 cuyo diseño ya conocían las agencias de medios cuando decidieron presentarse y valoraron, en ese momento, la incertidumbre a la que estarían sometidas y los riesgos que conllevaba y también sabían que no podían conocer de antemano los detalles de las licitaciones derivadas (aunque sí conocían la forma en la que debían presentarse tales licitaciones y las fórmulas concretas que se utilizarían para su valoración) y que los precios que presentasen en el Acuerdo Marco restringirían los precios de los posteriores concursos. Circunstancias estas que, en ningún caso, pueden justificar el reparto del mercado por el que se ha sancionado a CARAT.

En definitiva, este Tribunal concluye que CARAT, con la intermediación y colaboración de YMEDIA, ha participado en las prácticas concertadas anticompetitivas limitando artificialmente la competencia entre las cinco empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco 50/2014. Conclusión que obtenemos una vez analizados de forma conjunta todos los indicios referidos puesto que no puede olvidarse que, en este ámbito, como ya decíamos en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016 (recurso 551/13), " (es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de



cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012, en la que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: " (...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Por otra parte, rechazamos igualmente la alegación de la recurrente cuando indica que se ha vulnerado el principio non bis in ídem porque se ha sancionado tanto a CARAT como a YMEDIA a pesar de que forman parte del mismo grupo empresarial. Y no compartimos esa afirmación porque, en este caso, se ha sancionado a dos empresas de forma individualizada por su concreta actuación ya que aunque forman parte del mismo grupo empresarial no constituyen, a estos efectos, una unidad económica porque no tienen unidad de dirección. Y, tampoco se ha exigido, en este caso, responsabilidad solidaria a CARAT por la actuación de YMEDIA porque no concurren los requisitos para exigir responsabilidad solidaria a la matriz por la actuación de la filial.

Por todo lo expuesto, este Tribunal concluye que la recurrente conocía la existencia del plan común de actuación porque tal como se dice en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia: "...una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)".

SÉPTIMO. Finalmente, la entidad actora impugna el sistema de determinación de la sanción de multa porque, según expone, carece de motivación y es desproporcionada.

En la determinación del importe de la sanción de multa, tal como se recoge en la resolución impugnada, la CNMC ha tenido en cuenta los criterios fijados en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se indicaba que los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC debían concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador que debían individualizarse en función de la gravedad de las conductas y especifica que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción, no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. Y dentro de ese arco sancionador la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, su duración, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.

Criterios estos que la CNMC ha recogido y especificado en la resolución impugnada en la que la infracción analizada se ha calificado como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, en el caso analizado año 2017. Y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría.



En esa labor, la CNMC en la resolución impugnada ha indicado que existen factores que permiten considerar la conducta como especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC y en este sentido expone que tiene en cuenta las características del mercado afectado que se constituye por las licitaciones públicas derivadas del Acuerdo Marco 50/2014; el mercado geográfico afectado por la infracción es el español en su totalidad y, dadas las características de los contratos afectados, es susceptible de afectar al comercio interior de la Unión Europea; la duración de la participación en la conducta que va desde el 26 de diciembre de 2014 hasta el 25 de mayo de 2016; se ha impedido a la Administración Pública beneficiarse de mejoras en sus ofertas vinculantes o, incluso, de dichas ofertas vinculantes, dado que uno de los efectos de la conducta sancionada ha sido la no presentación de ofertas por todas las empresas a todos los contratos derivados, o su presentación defectuosa. Razones que llevan a la CNMC a justificar que el tipo sancionador global se fije, con carácter general, en el 4%.

La resolución, además, individualiza las multas, diciendo que debe tenerse en cuenta: *"la efectiva dimensión del mercado afectado por la infracción que incluye todos los contratos derivados del Acuerdo Marco que han sido adjudicados. La tabla siguiente recoge el volumen de negocios de las infractoras en el mercado afectado (VNMA) durante los meses que duraron sus respectivas infracciones, de acuerdo con los datos públicos relativos a las licitaciones adjudicadas en ese período en ejecución del Acuerdo Marco 50/2014 y tanto por ciento de cada una de las infractoras"*.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal entiende que el sistema seguido por la CNMC para cuantificar el importe de la multa permite valorar e individualizar la densidad antijurídica de la conducta de cada una de las empresas para poder así individualizar el tipo sancionador que debe aplicarse a cada empresa en la determinación del importe final de las multas que deba imponerse a cada una de las empresas. Datos que, en el caso de la recurrente, llevan a la CNMC a la fijación del tipo sancionador del 5,5% que aplica al volumen de negocios total de la empresa en el año 2017. Ahora bien, respecto de CARAT, la CNMC indica que *"aunque el tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción si se aplica al volumen de negocios total de empresas multiproducto -es decir empresas que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado- podría resultar una sanción desproporcionada. Este es el caso de CARAT. Esta Sala considera que en el caso de CARAT una sanción de 4.000.000 euros se considera proporcional respecto del valor de referencia estimado y suficientemente disuasoria"*.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de esta la resolución haya incurrido en la falta de motivación que denuncia la parte recurrente puesto que el interesado conoce los motivos y criterios que han llevado a la CNMC a fijar el importe concreto de la sanción de multa y, aunque la recurrente refiere que desconoce porque se le ha aplicado el tipo sancionador del 5,5%, lo cierto es que esa determinación concreta no solo tiene amparo en el artículo 63 de la LDC que fija el máximo en el porcentaje del 10% sino que la CNMC, en el ejercicio de su potestad sancionadora, ha justificado porque los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC apreciados todos ellos en su conjunto llevan a la aplicación del tipo sancionador del 5,5%. Y 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 181)"*.

Tampoco apreciamos vulneración en el principio de proporcionalidad porque entendemos que, en este caso, aunque se había previsto la aplicación del tipo sancionador de 5,5% la CNMC ha considerado que el importe de la multa que podría obtenerse aplicando ese tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio 2017 -419.016.420 euros- sería muy desproporcionado y por ello reduce considerablemente ese importe y, para adaptarlo al principio de proporcionalidad, fija la multa en 4.000.000 de euros que implica la aplicación de un tipo sancionador inferior al 1%. Lo cual hace difícil que podamos concluir que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

OCTAVO. La íntegra desestimación del recurso implica la condena en costas a la entidad recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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

FALLAMOS



DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **371/2018**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira que actúa en nombre y en representación de la mercantil CARAT ESPAÑA, S.A.U., contra la Resolución dictada en fecha 3 de mayo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000 AGENCIAS DE MEDIOS que le impuso una sanción de multa por importe de 4.000.000 de euros. Resolución que ahora confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico en todo aquello que afecta a la recurrente.

Se imponen a la parte actora 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO