



Roj: **SAN 5356/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5356**

Id Cendoj: **28079230062023100715**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/10/2023**

Nº de Recurso: **372/2018**

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: 0000372 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3937/2018

Demandante: don Hermenegildo

Procurador: DOÑA TERESA CASTRO RODRÍGUEZ

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 veinticinco 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 **372/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **don Hermenegildo** representado por la procuradora doña Teresa Castro Rodríguez 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 el actor 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]eclare la caducidad del expediente administrativo sancionador incoado a DON Hermenegildo y, subsidiariamente se declare la ilegalidad e improcedencia por no ser conforme a derecho de la resolución de fecha 03/05/2018 que pone fin al procedimiento sancionador S/584/16, con imposición de costas a la parte demandada [...] »

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 don Hermenegildo , 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:

-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. Hermenegildo , 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.

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

- PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.: 495.000 euros

(...)

- D. Hermenegildo : 40.000 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 Hermenegildo (PERSUADE), don Luis Angel (MEDIA SAPIENS) y don Jesús Manuel (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.- Anticipamos que no vamos a seguir, en orden propuesto por la demanda para la resolución del presente litigio. Comienza con una somera descripción de los acontecimientos para introducir, como argumento de fondo, la falta de culpabilidad y falta de responsabilidad por ausencia de elementos sujetos en los que se sustenta la conducta. Acto seguido invoca la caducidad del procedimiento sancionador, para continuar con cuestionar la Orden de Investigación, con la extralimitación de la actividad investigadora al intervenir dispositivos personales. Continúa y cuestiona las irregularidades del acuerdo sancionador por no considerar a YMEDIA como proveedor de PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE). Denuncia que se han incurrido en las denominadas *fishing expeditions*, para terminar el relativo fáctico con lo que considera un trato discriminatorio para el recurrente por parte de la CNMC. En la parte de los fundamentos de derecho cita jurisprudencia relacionada con alguno d los puntos abordados dentro de los antecedentes de hecho de la demanda.

Advertimos que no vamos a seguir la sistemática propuesta por la demanda por dos razones. En primer lugar, abordaremos los aspectos relaciones con supuestas infracciones del procedimiento, dejando para más tarde las críticas que podemos encuadrar en la falta de motivación del acuerdo sancionador. En segundo término, porque algunos de los argumentos que calificamos de forma o procedimentales, pueden tener un tratamiento conjunto.

También advertimos que el presente recurso está estrechamente relacionado con el numero 362/2018 donde la recurrente era PERSUADE, entidad de la que don Hermenegildo era representante. La relación también se advierte en los motivos invocados, en gran parte coincidente, por lo que van a tener una misma respuesta.



TERCERO.- Comenzaremos con la denuncia sobre la supuesta caducidad del procedimiento sancionador, y para ello invoca la STS 2797/2015 de 15 de junio.

Sobre esta cuestión, es cierto que esta Sala, entre otras en nuestra sentencia de 25 de enero de 2016 recaída en el recurso 570/2013, ha interpretado la caducidad y la ineficacia de las suspensiones adoptadas con posterioridad al transcurso del plazo de 18 meses a que se refiere el artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) en términos análogos al pretendido por la actora. Sin embargo, este criterio ha sido corregido por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de julio de 2016, recurso 3811/2015, así como en otros pronunciamientos posteriores, que acogen igual interpretación.

CUARTO.- Continuaremos con queja sobre la ilegalidad de la OI, que a su juicio incumple los requisitos de motivación, que aprovecharemos para analizar los excesos que se denuncia sobre los términos en los que se llevó la inspección y lo que califica como *fishing expeditions*.

Estos motivos de impugnación coinciden esencialmente con los que fueron examinados y desestimados por la SAN de 20 de mayo de 2021, recurso 56/2017, en la que, por vía incidental se cuestionaba tanto la motivación de la OI como los términos en los que se llevó a cabo el registro en el domicilio social de PERSUADE. A ella nos remitimos sin necesidad de reiteración o reproducción de fundamentos puesto que ya son conocidos por la parte.

Solo recordar, en cuanto al contenido concreto de la OI, que el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, (RDC) de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE de 27 de febrero), concreta que la OI requiere de « *[u]na autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. [...]*».

En el presente caso la OI especificaba que « *[e]sta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con 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. (...) A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, consistentes, en general, en acuerdos o prácticas concertadas para la fijación de precios u otras condiciones comerciales, el reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir a las distorsión de la competencia en el mercado relacionado 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 en España. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos o prácticas concertadas se han llevado a la práctica [...]*».

A pesar de la polémica que el contenido de las OI han dado lugar, esta la Sala ha confirmado la legalidad de otras de corte parecido, como por ejemplo en la sentencia ya firme de 12 de mayo de 2015, recurso 175/2013, criterio que reiteramos en las posteriores de 18 de febrero de 2020, recursos 677/2015, 667/2015, o la de 26 de marzo de 2019, recurso 547/2015, en la que también concluimos que « *[e]n la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación como era inspeccionar si la recurrente había participado en las conductas colusorias investigadas [...]*». En esa sentencia ya advertíamos que nos atuvimos a las pautas establecidas por el Tribunal General de la Unión Europea en su sentencia de 26 de octubre de 2010 dictada en el asunto T-23/09.

En esa misma línea la STS de 16 de enero de 2015, recurso 5447/2011, constató que « *[n]o se considera se haya vulnerado el derecho a la defensa por cuanto la orden de investigación indicaba el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Ello permitió conocer a la empresa el alcance de su deber de colaboración y el ámbito al que ceñía la Inspección, advirtiendo de las consecuencias de la falta de colaboración. En este caso sólo se procedió a recabar documentación preexistente y no se requirió ningún tipo de información más allá de la mera indicación de la ubicación de los soportes donde se encontraba la misma. Asimismo, no consta acreditado que se incautara documentación no relacionada con el objeto de la investigación delimitado en la orden de la Inspección [...]*».

Por último, se echa en falta cierta precisión en la demanda cuando denuncia la intervención de dispositivos propiedad de los directivos y representantes. No indica a quien se refiere, no concreta cuales son los dispositivos electrónicos, y sobre todo el uso que pudo hacerse de esa supuesta información y como se llevó a la resolución sancionadora de manera que pudiera verse afectada y viciada la actividad probatoria.



QUINTO.- Afirma la demanda que le ha generado indefensión la negativa a considerar las relaciones entre YMEDIA y PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A., como proveedor de la empresa actora.

No explica la demanda que alcance tendría esta diferente condición respecto de la conducta que se le imputa, cuando el resto de las relaciones, comunicación e intercambios resultan claramente incriminatorio.

Insiste la actora en la existencia de esa relación de prestación de servicios entre YMEDIA y PERSUADE, y para ello se centra en las declaraciones anuales de actividades con terceras personas (modelo 347) de los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

Sin embargo, como destaca el acuerdo sancionador, la declaración del 2015 no refleja relaciones comerciales, cuando fue precisamente en ese año donde se destacaron la mayor parte de las conductas que se sancionan. Se señala en la campaña 4/15, Violencia de género, como YMEDIA remite a PERSUADE la oferta realizada por CARAT en un correo en el que se decía « *[B]uenos 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 [...]*». Se pone de manifiesto que la oferta es elaborada por CARAT y enviada a YMEDIA que, sin cambios, la remite a PERSUADE para la que no está adquiriendo espacios en medios de comunicación, o no se refiere a esta actividad. Se envía para que se utilice como modelo para la composición de su propia oferta recordando que el resultado de la colaboración sea que el documento de PERSUADE «sea poco valorado».

En campañas de 5/15, la 14/15 o la 15/15, Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), CARAT envió a YMEDIA su estrategia de medios y su cobertura, que fueron reenviadas sin cambios por YMEDIA a PERSUADE proponiéndole que realizase una mejora. PERSUADE fue la adjudicataria de este contrato puesto que era la única empresa que mejoró su oferta respecto a la del Acuerdo Marco. CARAT y MEDIA BY DESIGN, fueron excluidas del contrato por ofertar, para uno de los servicios, un precio superior a su oferta vinculante del Acuerdo Marco. Sobre este comportamiento e información no se da ninguna explicación razonable o compatible con el derecho de la competencia.

En la campaña 16/15, Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE), CARAT remite su Plan Estratégico de Medios (PEC) a YMEDIA que lo reenvía posteriormente a PERSUADE. En este caso, aunque CARAT sostuvo que todos sus envíos a YMEDIA se justificaban en la búsqueda del asesoramiento por una entidad con mayor experiencia en licitaciones públicas, lo cierto es que CARAT fue de nuevo excluida de la licitación.

El mismo tipo de intercambio lo observamos en las campañas 19/15 y 28/15, donde CARAT, YMEDIA y PERSUADE prepararon conjuntamente las reuniones de abril de 2015 con la Dirección General de Recursos Contractuales (DGRCC).

En esta misma línea, el 10 de abril de 2015, Jesús Manuel (YMEDIA) envió un correo electrónico a Hermenegildo (PERSUADE) en el que le informaba de la fecha de la reunión de CARAT. Ese mismo día Jesús Manuel remite un correo a Hermenegildo otro correo con el siguiente contenido « *[T]endremos la info. Debemos consensuar discurso y preguntas para carat y que luego ellos nos cuenten. [...]*»

Otros intercambios de este mismo tipo y tenor se describen en los folios 53 a 56 a los que nos remitimos, lo que nos permite concluir que la información intercambiada y reenviada a PERSUADE no encuentra acomodo en el contenido de una relación de prestación de servicios de adquisición de espacios en medios de comunicación por parte de YMEDIA. Y en contra de lo pretendido con la que, documentación fiscal, cierto es que precisamente en el año 2015, cuando no consta relación comercial en cuanto a la prestación de servicios, tuvieron lugar contactos que relevan gran parte de la conducta anti colusoria que se imputa.

SEXTO.- Despejadas las dudas sobre los anteriores motivos, vayamos con el que atañe directamente al recurrente, puesto que los analizados hasta ahora eran comunes o estaban directamente relacionados con su vinculación a PERSUADE.

Nos referimos a la supuesta falta de culpabilidad o responsabilidad del sr. Hermenegildo, aunque para ello sea necesario recordar 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.

SÉPTIMO.- Quedó acreditado que don Hermenegildo actuaba como consejero delegado y representante legal de PERSUADE tal como consta en la escritura de poder general para pleitos y especial para otras facultades, otorgada por la sociedad. Su nombramiento como consejero y secretario del consejo de administración se produjo el 7 de mayo de 2013, por un plazo de cinco años; también tenía la condición de máximo directivo 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 Hermenegildo (PERSUADE) junto a don Luis Angel y Jesús Manuel (YMEDIA), los otros dos directivos sancionados. Respecto del primero se sustenta en los intercambios de información que afloraron en los correos que pasa a identificar « [C]orreos de 26 de diciembre de 2014 (folios 5551 a 5556 y 5854), de 29 de diciembre de 2014 (folio 5410 y 5411), de 13 de febrero de 2015 (folios 5857 a 5890), de 16 de febrero de 2015 (folio 5894), de 17 de marzo de 2015 (folios 7903 a 7906), de 25 de marzo de 2015 (folio 7907, 7909 a 7937), de 26 de marzo de 2015 (folio 7938), de 9 de abril de 2015 (folios 5909 y 5910), de 10 de abril de 2015 (folio 5911), de 16 de abril de 2015 (folios 5914 y 5915), de 17 de abril de 2015 (folio 5916), de 30 de abril de 2015 (folios 5969 a 5970), de 7 de mayo de 2015 (folio 5974), de 29 de mayo de 2015 (folios 5980 y 5981), de 2 de junio de 2015 (folios 5428 a 5511), de 9 de junio de 2015 (folios 5512 y 5513), de 11 de junio de 2015 (folio 5984), de 9 de septiembre de 2015 (folio 6210), de 12 de mayo de 2016 (folios 6226 y 6227), de 18 de mayo de 2016 (folio 5600). [...]».

Basta con que nos centremos en algunos de los pasajes que el acuerdo sancionador dedica a lo que denomina hechos probados y a los correos de remisión para ratificar la decisión a la que llegó la Administración sancionadora no solo respecto de PERSUADE sino de su directivo y representante.

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, Hermenegildo (PERSUADE) escribió a Luis Angel (MEDIA SAPIENS) « *[H]ola Luis Angel , 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, Hermenegildo (PERSUADE) envió a Luis Angel (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, Hermenegildo (PERSUADE) escribió a Jesús Manuel (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 Luis Angel Un abrazo [...]* ». A las 13:54h, Jesús Manuel (YMEDIA) contestó a Hermenegildo (PERSUADE) « *[O] stias!!! Pues tenemos un problema* ». El 29 de diciembre de 2014, a las 11:16h, respondió Luis Angel (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 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE), cuyo plazo de presentación de ofertas finalizaba el 12 de junio de 2015, Hermenegildo (PERSUADE) se comunicó con Luis Angel (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, Luis Angel (MEDIA SAPIENS) remitió su valoración económica de la campaña a Hermenegildo (PERSUADE), poniendo en copia a Jesús Manuel (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, Luis Angel (MEDIA SAPIENS) envió un correo electrónico a Hermenegildo (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 7 de enero de 2016 Luis Angel (MEDIA SAPIENS) escribe a Hermenegildo (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. [...]* ».

Lo que se echa en falta, es una explicación razonable del contenido de esas comunicaciones canalizadas a través del sr. Hermenegildo revelan lo injustificable de su comportamiento como directivo de una empresa a la luz de las buenas prácticas en el ámbito del derecho de la competencia, con sucesivo y reiterados intercambios de información de contenido claramente punitivo.

Por último, el que la sanción del directo sea publica no supone 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 no conducen a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas al recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **don Hermenegildo** 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.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ