



Roj: **SAN 5311/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5311**

Id Cendoj: **28079230062023100696**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/10/2023**

Nº de Recurso: **370/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5311/2023,**
AAAN 11434/2023

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000370 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03932/2018

Demandante: INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA)

Procurador: DON RAMÓN RODRIGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

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 veinticinco de octubre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **370/2018** promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA)**, contra la resolución de 3 de mayo de 2018, dictada en el expediente sancionador NUM000 Agencias de Medios, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 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 se dictase por la que 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 de 2.000.000 €.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos Abilio en todos sus extremos.

TERCERO. - No habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 20 de septiembre del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 3 de mayo de 2018, dictada en el expediente sancionador NUM000 Agencias de Medios, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que sanciona a la Abilio , por su participación como facilitadora en un cartel configurado como una infracción única y continuada, consistente en el intercambio de información tendente al reparto de licitaciones convocadas en ejecución o para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado (Acuerdo Marco 50/2014).

"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.

- INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A., por su participación en el cartel 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:

- INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A.: 2.000.000 euros -

Cuarto (...)

Quinto. (...)

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".

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"2. INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA) y su directivo YMEDIA es una empresa también perteneciente al grupo DENTSU AEGIS NETWORK. Su objeto social es realizar "estudios de mercados, estudios de calidades de productos, promoción y comercialización de nuevos productos." Presentó oferta en la licitación del Acuerdo Marco, si bien nunca fue adjudicataria. Tiene su domicilio social en Madrid y facturó 296.590.572 euros en el año 2016 y 326.082.253 en el año 2017.

Abilio es director de la Oficina de Barcelona de la empresa, según figura en la relación del equipo directivo de la empresa en su página web12 (folio 8017)".

A continuación, se analiza la labor de intermediación en la compra de espacios publicitarios de las agencias de medios en los contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014.



Explica que estos contratos tienen por objeto regir 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. Que el órgano de contratación es la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (en adelante, DGRCC), según establece la cláusula XVII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de Acuerdo Marco y la disposición adicional quinta del Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre. Que se trata de un contrato 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. Que la administración no asume ninguna obligación de celebrar un número determinado de contratos ni por un importe concreto, cuando formaliza un acuerdo marco. Que los contratos basados en el Acuerdo Marco se ejecutan a riesgo y ventura de los contratistas, con sujeción a las cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco y a las de desarrollo de cada licitación, siguiendo además las instrucciones que para su interpretación dé el órgano de contratación. Que el organismo interesado en la realización de la campaña publicitaria correspondiente (Ministerio, Organismo Autónomo, etc.) es el encargado de la consulta a los licitadores, la recepción y el análisis de las ofertas recibidas, así como de la elevación al órgano de contratación de la propuesta de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, de conformidad con lo previsto en el artículo 206.3.b) LCSP. Que el Acuerdo Marco determina una serie de elementos de esa segunda licitación a los que habrán de ajustarse los contratos que en él se basen y, en concreto: 1-que las empresas que pueden concurrir a las licitaciones de los contratos basados en el acuerdo marco son, inicialmente, las cinco adjudicatarias del acuerdo marco. 2-fija los precios máximos o porcentajes de descuento mínimos aplicables a cada espacio y soporte publicitario, y 3-establece las condiciones generales de los servicios y términos básicos.

Continúa exponiendo que el valor máximo estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido, del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo marco (incluidas las posibles prórrogas) era de 77.000.000€ (dicho valor tiene carácter meramente orientativo). Que la ejecución del acuerdo marco implica la convocatoria de licitaciones por parte de diversas administraciones de contratos derivados. Que del Acuerdo Marco se desprende que en esas licitaciones deben participar todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco y que si bien el PPT y el PCAP del AM no recogen expresamente la citada obligación, los pliegos de las campañas basadas sí lo establecen.

Añade que el 20 de febrero de 2015 la administración insertó en CONECTA CENTRALIZACIÓN una nota informativa en la que clarificaba cuestiones surgidas sobre la ejecución del Acuerdo Marco (folios 6284 y 6285)18. En particular, en dicha nota informativa se recoge la obligación que tienen todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, de presentar oferta válida para las licitaciones de todos los contratos basados, siempre que se haya recibido la solicitud de oferta en los términos obligados por la ley. También se aclara que los criterios de valoración a aplicar a los contratos basados y su ponderación pueden ser establecidos para cada campaña, atendiendo a las necesidades de cada una de las administraciones contratantes. La administración que promueve cada campaña no está vinculada por los criterios exactos previstos en el Acuerdo Marco (aunque las empresas sí lo están por sus ofertas máximas). Que la necesidad y obligatoriedad de presentar oferta válida para todos los contratos basados fue reiterada por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (en adelante DGRCC) en diferentes reuniones celebradas en el mes de abril de 2015 (folios 6275 a 6279), en las que también informó de la obligatoriedad de presentar una estrategia de comunicación en los procedimientos de licitación de los contratos basados. Que la cláusula III del pliego de prescripciones técnicas (PPT) del Acuerdo Marco establece la necesidad de presentar un plan estratégico de comunicación (en adelante, PEC) que debe recoger como mínimo 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. La no presentación del plan estratégico de comunicación impide que el órgano responsable de la campaña pueda valorar correctamente las ofertas presentadas y, por lo tanto, motiva la exclusión de las empresas que no lo presenten, salvo que el órgano competente para el examen de las proposiciones y la propuesta de adjudicación motive que tal defecto no constituye un incumplimiento grave y definitivo de las obligaciones esenciales establecidas en los pliegos.

Que la duración inicialmente establecida es 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 y que la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco queda limitada a la vigencia de éste. La ejecución de los contratos derivados podía, sin embargo, extenderse hasta 18 meses desde la finalización de la vigencia del acuerdo marco.



Expone que, en agosto de 2014, tras la adjudicación del Acuerdo Marco el 30 de julio- OPTIMEDIA, STARCOM, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN y MAC, PERSUADE y CARAT interpusieron contra el acuerdo de adjudicación de 30 de julio de 2014 recursos especiales en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC). Que, como consecuencia de la estimación parcial de dichos recursos, el 1 de octubre de 2014, se modificó la adjudicación del Acuerdo Marco, resultando adjudicatarias CARAT, MEDIA BY DESIGN, MEDIA SAPIENS, OPTIMEDIA y PERSUADE. Que la formalización del contrato entre la Administración y estas empresas tuvo lugar el 26 de noviembre de 2014. El Acuerdo Marco entró en vigor el 27 de noviembre de 2014 y por lo tanto, el período de vigencia inicial de dicho acuerdo marco se extendía hasta el 26 de noviembre de 2016, con la posibilidad de prórrogas por periodos de seis meses hasta un máximo de 18 meses adicionales.

Por lo demás precisa que 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). Que, de ellos, CARAT había sido adjudicataria de 5 contratos por valor de 16.339.669,42 euros; es decir, el 50,64%. MEDIA BY DESIGN no fue adjudicataria de ningún contrato. Que MEDIA SAPIENS fue adjudicataria de 9 contratos, por valor de 7.796.384,87 euros; es decir, el 24,17%. Que OPTIMEDIA fue adjudicataria de 5 contratos, por valor de 785.133,95 euros; es decir, el 2,43%. PERSUADE fue adjudicataria de 3 contratos, por valor de 7.339.669,42 euros; es decir, el 22,75% y que hasta el momento de la elaboración del PCH, el 30 de junio de 2017, se habían adjudicado 32 contratos basados en el Acuerdo Marco, por importe de 58.235.556 euros (antes de la aplicación del IVA)²¹. De ellos, CARAT fue adjudicataria de 9 contratos, por valor total de 33.088.252€; es decir el 56,8%. MEDIA BY DESIGN no fue adjudicataria de ningún contrato. MEDIA SAPIENS fue adjudicataria de 14 contratos, por valor total de 11.570.009€; es decir el 19,9%. Que OPTIMEDIA fue adjudicataria de 5 contratos, por valor total de 785.125€. PERSUADE fue adjudicataria de 4 contratos, por valor total de 12.792.170€; es decir el 22%.

Dicho lo anterior recoge la resolución impugnada las comunicaciones entre competidores previas a la adjudicación definitiva del Acuerdo Marco (párrafos 97 a 105 del PCH) y recoge y transcribe hechos acreditados en relación con las actuaciones de las empresas incoadas durante la ejecución del Acuerdo Marco (párrafos 117 a 225 del PCH), que ponen de manifiesto:

A. No presentación de ofertas Queda acreditado que las empresas incoadas no presentaron ofertas en todas las licitaciones, pese a que la Administración les explicó reiteradamente que tenían obligación de hacerlo, como se ha profusamente detallado.

B. Exclusión de ofertas En reiteradas ocasiones las empresas presentaban ofertas que resultaban excluidas por alguno de los siguientes motivos:

- No contener una oferta económica válida, bien al ser menos favorable que la presentada en el Acuerdo Marco, bien al no satisfacer las condiciones de la campaña concreta.

- No contener el necesario PEC, o contener uno deficiente que no cumplía los requisitos exigidos en la campaña concreta.

C. Intercambio de correos electrónicos relativos a los contratos basados que se transcriben en la resolución, agrupándose por campaña, lo que acredita de manera directa este tipo de intercambios en las siguientes campañas derivadas del Acuerdo Marco que tuvieron lugar entre diciembre de 2014 y mayo de 2016

- a. Campaña 1/15-Transparencia
- b. Campaña 4/15- Violencia de género.
- c. Campaña 5/15-Enfermedad Mental
- d. Campaña 9/15 de la Dirección General de Tráfico
- e. Campaña 12/15 - Promoción cultural y divulgación de los reales sitios
- f. Campaña 14/15- Productos alimentarios
- g. Campaña 15/15- Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP)
- h. Campaña 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE)
- i. Campaña 18/15- Fraude Fiscal
- j. Campaña 19/15- Fuerzas Armadas
- k. Campaña 21/15- Transporte Público
- l. Campaña 28/15- Prevención de VIH y otras



m. Campaña 9/16- Sensibilización contra la violencia de las mujeres 2016.

A. modo de recapitulación de las pruebas referidas a las citadas campañas, concluye la CNMC que existe evidencia de comunicaciones entre competidores previas a la fecha de cierre de presentación de ofertas en diversas licitaciones basadas en el Acuerdo Marco y que 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.

D. Intercambios de información no referidos a contratos concretos (párrafos 195 a 217 del PCH).

Precisa que. la conducta se habría mantenido de forma continuada en el tiempo, al menos desde el 26 de diciembre de 2014, hasta el 25 de mayo de 2016 (día en que comenzaron las inspecciones en las sedes de algunas de las empresas) y que abarca todo el territorio nacional, en la medida en que los hechos objeto de investigación afectan, al menos potencialmente, a todas las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado en sentido amplio, cuyo impacto es nacional, y que, no obstante, teniendo en cuenta el marco normativo de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública (se trata de un contrato armonizado), teniendo en cuenta el tipo de servicios y las características de las empresas participantes, puede concluirse que se cumple el criterio de afectación al comercio interior de la Unión Europea, desarrollado en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario, que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE, de acuerdo con el Reglamento 1/2003.

Añade que el mercado relevante en este procedimiento es el de los servicios de intermediación publicitaria en España y que el mercado afectado por las conductas investigadas es el del Acuerdo Marco y los contratos en él basados y, en cuanto al mercado geográfico, que la conducta infractora abarca todo el territorio nacional, en la medida en que los hechos objeto de investigación afectan, al menos potencialmente, a todas las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado en sentido amplio, cuyo impacto es nacional.

A continuación, la resolución recurrida considera probado, partiendo de los hechos acreditados en el expediente que *"CARAT, PERSUADE, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN e YMEDIA (como cooperadora necesaria) son responsables de una infracción única y continuada del artículo 1.1 de la LDC y del artículo del 101.1 TFUE por sus conductas en relación con las licitaciones basadas en el Acuerdo Marco 50/2014, dentro del mercado de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios en España."*

Precisa que esta actuación coordinada se habría sustanciado a través de contactos entre las empresas incoadas, en los que intercambiaron entre sí información relevante no pública para las adjudicatarias del Acuerdo Marco, en muchos casos relativa a las ofertas que las empresas iban a presentar a las campañas licitadas en ejecución del citado acuerdo marco con anterioridad a la fecha límite para la presentación de las mismas.

Explica que los contactos entre las empresas incoadas 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. Que 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.

Añade que 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 supone que la puntuación que pueda obtener cada uno de los oferentes, esté condicionada por las ofertas realizadas por el resto de licitadores. Y que 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 y que, 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.

Recoge que las empresas incoadas habrían coordinado sus ofertas en lo relativo a los precios y descuentos, cobertura y planes estratégicos de comunicación, lo que en muchos casos conllevó la no participación de algunos de estos operadores en las licitaciones y que ha quedado acreditado que CARAT (con la cooperación



necesaria de YMEDIA), PERSUADE, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN han realizado un conjunto de prácticas anticompetitivas con una estrategia y finalidad común que tienen como objeto y efecto, al menos potencial, distorsionar la competencia efectiva en el mercado de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios en España, reduciendo de forma artificial e injustificada la competencia entre cuatro de las cinco adjudicatarias del Acuerdo Marco 50/2014 en las licitaciones basadas en dicho acuerdo marco, lo que es contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Destaca la participación directa que han tenido varios representantes legales o directivos de las empresas MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA, "en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre estas empresas", lo que "da lugar a responsabilidades a los efectos de la LDC, y permiten la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC a cada una de estas personas físicas".

Por lo que se refiere a la participación de la mercantil recurrente, recoge lo siguiente:

"- La responsabilidad de YMEDIA en la conducta.

En primer lugar, debe recordarse que YMEDIA es una empresa activa en el mercado de la intermediación publicitaria (presentó oferta al Acuerdo Marco) aunque, al no haber sido adjudicataria del mismo, no competía con el resto de las empresas incoadas por las licitaciones de los contratos derivados.

(...) Por lo tanto, el hecho de que YMEDIA no participe en el mercado afectado por la infracción no impide que a esta empresa se le pueda exigir responsabilidad, en este caso.

Por otra parte, YMEDIA es considerada responsable de la conducta en su calidad de facilitadora. No es la primera vez que esta autoridad de competencia sanciona prácticas de concertación en las que han participado empresas en su labor de facilitadores de la conducta prohibida. Además, esta posibilidad también ha sido reconocida por la jurisprudencia española y europea

Considerando los precedentes citados, esta Sala considera que YMEDIA no podía desconocer que facilitar el intercambio de información para el reparto del mercado era ilegal.

De hecho, el propio papel de YMEDIA en la conducta puede considerarse evidencia de la intención de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco de intentar ocultar su conducta de intercambio de información sensible.

Abilio (directivo de YMEDIA) utilizaba diferentes cuentas de correo electrónico para realizar su papel en la conducta: por un lado, usaba su correo corporativo para recibir las comunicaciones de CARAT y, por otro lado, solía utilizar una cuenta Webmail de Gmail para comunicarse con PERSUADE. Finalmente, el propio lenguaje vago utilizado en ocasiones por YMEDIA, aludiendo a "nuestro amigo" y "tu amigo", es indicativo de su esfuerzo por ocultar el verdadero propósito de sus comunicaciones.

En sus alegaciones a la PR (folio 8802) YMEDIA manifiesta que "la CNMC ha recurrido a la figura del "cooperador necesario", en la medida en que ha considerado acreditado que el tercero ha contribuido de manera autónoma e indispensable a la ejecución de la infracción, junto con el resto de autores directos."

En efecto, esta Sala considera que el papel de YMEDIA ha sido decisivo para la comisión de la infracción, ya que ha sido la empresa encargada de facilitar el intercambio de información relativa a la ejecución del Acuerdo Marco, entre CARAT y el resto de empresas incoadas, buscando una apariencia de legalidad.

La participación de YMEDIA en la conducta no se reducía a la de un mero intermediario sustituible por cualquier otro, sino que la elección de YMEDIA por parte del resto de empresas incoadas se debió a que ofrecía garantías adicionales para mantener el carácter secreto del acuerdo. En este sentido, como han puesto de relieve tanto CARAT como YMEDIA y PERSUADE, existía una relación estructural entre CARAT e YMEDIA y una relación de prestación de servicios entre YMEDIA y PERSUADE. La existencia de esas relaciones lícitas ha sido utilizada por las empresas infractoras para enmascarar los contactos ilícitos acreditados en esta resolución.

La elección de intermediarios con los que las empresas participantes en un cártel mantienen alguna relación lícita ya ha sido analizada y sancionada en la sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, antes citada, en la que se descartaba que el hecho de que existiera una relación vertical entre el facilitador y alguna de las empresas sancionadas, pudiera excluir la responsabilidad de la empresa facilitadora". Por lo tanto, en este caso, dada la consolidada doctrina tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el nacional sobre la atribución de responsabilidad a las empresas que actúan como "facilitadoras" o "cooperadoras necesarias", YMEDIA conocía (o debía hacerlo) el carácter ilícito de su conducta".

TERCERO. - En su escrito de formalización de la demanda, la recurrente aduce que no resultó adjudicataria del Acuerdo Marco, por lo que no podía presentarse a los concursos derivados en ese Acuerdo Marco y que,

en consecuencia, no se ha repartido los contratos como supuestamente hicieron los adjudicatarios según la Resolución impugnada.

Sostiene que en el expediente no hay prueba, ni discusión alguna, sobre el incentivo que habría llevado a YMEDIA a participar en la conducta sancionada.

Admite haber interactuado con PERSUADE y con CARAT pero que no hay contacto con las demás; que no hay prueba de la labor de coordinación que se le imputa y que los contactos de YMEDIA con PERSUADE y CARAT tienen una explicación lógica que la Resolución no valora de manera objetiva:

A estos efectos argumenta que los contactos con PERSUADE se explican por una relación comercial lícita y legítima. Que YMEDIA es proveedor de PERSUADE, pues le presta servicios de adquisición de espacios en medios de comunicación desde septiembre de 2009, mucho antes del periodo contemplado en el Expediente. Que se trata de una situación relativamente normal en la industria, en la que empresas pequeñas recurren con frecuencia a otras como YMEDIA para que intermedien por ellas en la compra de espacio publicitario, buscando mejores condiciones comerciales en sus compras. Que este hecho es de singular importancia, por cuanto explica las comunicaciones entre D. Carmelo, Consejero Delegado de PERSUADE, y D. Abilio, empleado de YMEDIA y encargado de las relaciones con este cliente. Que en la medida en que YMEDIA prestaba servicios para PERSUADE, es normal que discuta el diseño de las ofertas que PERSUADE presentaría posteriormente en las licitaciones del Acuerdo Marco. Que en las comunicaciones se aprecia cómo el empleado de YMEDIA comenta con el representante de PERSUADE cuestiones relacionadas con las condiciones a ofertar por esta última empresa, que es para la que en realidad trabaja. Los contactos con CARAT se encuadran en el contexto de la operación corporativa explicada que tuvo lugar en el año 2013 (la entrada de CARAT en el capital social de YMEDIA) y a la vista de la futura integración completa, prevista para 2019. Las compañías decidieron cooperar en el ámbito del Acuerdo Marco dado que YMEDIA no había resultado adjudicataria del mismo, pero el ámbito de esa cooperación era perfectamente legítimo y completamente ajeno a la infracción imputada.

Respecto de la cooperación con CARAT argumenta que CARAT podía disponer de la experiencia de YMEDIA en la preparación de las licitaciones y ejecución de los contratos públicos en los que resultaba adjudicatario, lo que implicaba cierta cooperación entre las partes respecto a las ofertas que CARAT presentaba de forma autónoma en cada licitación bajo el Acuerdo Marco. y que es en este contexto en el que CARAT e YMEDIA cooperan y en el que se insertan las muy escasas comunicaciones en las que aparece un empleado de CARAT comunicándose con un empleado de YMEDIA.

Por lo demás destaca que, todas las comunicaciones que se imputan a YMEDIA conciernen a un único empleado, D. Abilio, que ha sido sancionado a título individual por la Resolución. Que YMEDIA prescindió de D. Abilio nada más recibir la Resolución y, por tanto, conocer la opinión de la CNMC al finalizar su investigación. Que D. Abilio abandonó YMEDIA el 22 de junio de 2018, escasamente un mes después de notificada la Resolución.

Dicho lo anterior, opone frente a la resolución sancionadora, los siguientes motivos de impugnación:

1- Incorrecta aplicación del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia de YMEDIA, fundamentalmente porque no hay prueba que acredite suficientemente su participación en la infracción sancionada. Los hechos ya analizados -entre ellos ausencia de mandato, interés o beneficio particular, ausencia de un verdadero papel de coordinación y discrepancia con los resultados observados en el mercado plantean una duda más que razonable acerca de si la acusación de la CNMC contra YMEDIA está fundada.

2--Nulidad de la multa: Ausencia de motivación y proporcionalidad de la sanción.

El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación.

CUARTO. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por el que denuncia la falta de prueba de las conductas sancionadas.

Como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia:

"En este tipo de actuaciones 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 175/1985, 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 que, al tratar sobre la prueba de indicios, declara lo siguiente: "(...) 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".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que " estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/ Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/ al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96 , T-189/96 y T-190/96 , Rec. p. II-93, apartado 47). (47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/ Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 , C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

Y podemos mencionar, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, la reflejada, entre otras, en sentencia de 19 de junio de 2015, recurso 649/, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:



"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174 /1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril , F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

QUINTO-. Dicho lo anterior, recordemos que la recurrente ha sido sancionada por su participación como facilitadora en un cartel configurado como una infracción única y continuada, consistente en el intercambio de información tendente al reparto de licitaciones convocadas en ejecución o para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado (Acuerdo Marco 50/2014).

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C- 49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 supra, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que "también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de



su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que "en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".

Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

SEXTO. - Así las cosas, nos corresponde analizar si la imputación que realiza la CNMC a la recurrente tiene suficiente apoyo probatorio toda vez que, la defensa de YMEDIA refiere básicamente que se le ha sancionado sin que existan pruebas que permitan sostener que participó como facilitadora en el cartel a que se contrae el presente recurso.

Pues bien, cumple manifestar que la recurrente no discute los hechos que se recogen en la resolución sancionadora que ponen de manifiesto sus comunicaciones con otras empresas sancionadas, limitándose a discrepar de la valoración que de aquellas efectúa la CNMC, aportando una explicación alternativa de los motivos de los contactos que mantuvo con PERSUADE y con CARAT

Frente a ellos, la Sala (sección 6ª) comparte la valoración de la prueba contenida en la resolución recurrida, sin que resulten plausibles las explicaciones ofrecidas por YMEDIA.

Recoge la resolución sancionadora que CARAT no niega su intercambio de información con YMEDIA, y explica en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución (PR) que los intercambios de comunicaciones entre CARAT e YMEDIA a que se refieren el Pliego de concreción de Hechos (PCH) CH y la PR no evidencian una infracción y no son más que el reflejo de la colaboración legítima entre ambas empresas en los términos explicados en nuestras alegaciones al PCH. Explica que 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 en los que resultaba adjudicatario lo que implicaba cierta cooperación entre las partes respecto a las ofertas que CARAT presentaba de forma autónoma en cada licitación bajo el Acuerdo Marco. Admite que enviaba a YMEDIA la información relativa al Acuerdo Marco que consta en el expediente dado que, debido a la mayor experiencia de YMEDIA en licitaciones públicas, CARAT esperaba los comentarios de YMEDIA para beneficiarse de su mayor conocimiento.

Recoge también la resolución que, "pese a la mayor experiencia de YMEDIA en licitaciones públicas, señalada por CARAT, esta empresa presentó la oferta válida más alta en la licitación del Acuerdo Marco 50/2014, obteniendo, además, la puntuación más baja de las 23 empresas participante en dicha licitación, en la valoración técnica de la estrategia de comunicación (folios 40 a 95).

Que en la campaña 4/15 - Violencia de género, YMEDIA remite a PERSUADE la oferta realizada por CARAT con el siguiente correo. "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" Que el contenido de este correo no permite considerar que YMEDIA estuviese asesorando a CARAT en la elaboración de su oferta y que se deduce del correo 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) con el objeto de que la 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". El análisis de los resultados de este concurso permite constatar la eficacia de este contacto, dado que CARAT fue la adjudicataria de esta campaña al ser la única empresa que presentó una oferta mejorada respecto de presentada al Acuerdo Marco (folios 879 a 905).

Añade que a relación entre CARAT-YMEDIA y ésta y PERSUADE también se ha acreditado en el intercambio de información relativa a aclaraciones hechas por la administración ante preguntas concretas de alguna de las empresas adjudicatarias sobre aspectos de las licitaciones.



Que durante la licitación de la campaña 9/15 - Dirección General de Tráfico-, CARAT reenvió a YMEDIA las preguntas que la propia CARAT había formulado al Ministerio del Interior sobre el mayor detalle en el desglose de los descuentos exigido en esta licitación respecto del Acuerdo Marco, así como las respuestas recibidas del Ministerio. YMEDIA reenvía la cadena de correos a PERSUADE. Ninguna de las interpretaciones alternativas ofrecidas por las empresas hace comprensible este intercambio.

Que esta relación se ha acreditado también en campañas como la 5/15, la 14/15 o la 15/15 -Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP)-. En este caso 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 al resultar la única empresa que mejoró su oferta respecto de 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. PERSUADE no niega este intercambio de información entre ella misma, CARAT e YMEDIA relativa a la estrategia de medios, si bien le resta relevancia al mantener que "la información de (163), (164) y (165) no era relevante para la propuesta de Persuade que tenía mejor información sobre el sector educación que el resto de licitadores" (folio 8893).

Que en cualquier caso, no se encuentra justificación en el hecho de que CARAT remitiese su oferta a YMEDIA con el supuesto objetivo de enriquecerla aprovechando su experiencia "en la preparación de las licitaciones y ejecución de los contratos públicos" en un contrato en que será excluida por presentar una oferta inconsecuente con sus propios compromisos dentro del Acuerdo Marco.

Que 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 nuevamente sostiene que todos sus envíos a YMEDIA se justifican en la búsqueda del asesoramiento de esta última, con mayor experiencia en licitaciones públicas, CARAT fue de nuevo excluida de la licitación por aportar un plan teórico de medios deficiente e incumplir la cobertura solicitada en las prescripciones del concurso (folios 3069 a 3071).

Que en el caso de la campaña 18/15 - Fraude Fiscal, de nuevo YMEDIA recibe de CARAT su estrategia de medios para esta campaña, que es reenviada por YMEDIA a PERSUADE. PERSUADE es la adjudicataria al ser la única empresa que realiza mejoras respecto de su oferta en el Acuerdo Marco (CARAT y MEDIA SAPIENS ofertan sus precios del Acuerdo Marco). En este caso, de nuevo PERSUADE reconoce que recibió el plan estratégico de medios de CARAT, aunque de nuevo vuelve a restar importancia a este hecho: "la información de mail de 17 de abril, cuando se presentaba el día 18 sobre la estrategia de medios no era relevante, Persuade tenía más experiencia y mejor información" (folio 8893).

Que semejante intercambio ocurre en las campañas 19/15 y 28/15. Se ha acreditado igualmente que CARAT, YMEDIA y PERSUADE prepararon conjuntamente las reuniones de abril de 2015 con la DGRCC. El 10 de abril de 2015, Abilio (YMEDIA) envió un correo electrónico a Carmelo (PERSUADE) en el que le informaba de la fecha de la reunión de CARAT (folio 5911): "A carat el 20." El mismo día Abilio (YMEDIA) remite un correo a Carmelo (PERSUADE), en que mantiene: "Tendremos la info. Debemos consensuar discurso y preguntas para carat y que luego ellos nos cuenten

Que también se han acreditado otros contactos en los que CARAT enviaba a YMEDIA información sobre documentación o certificados que las empresas debían presentar a la administración. YMEDIA reenviaba esta información a PERSUADE (folios 5971 a 5973, 5978, 6201 a 6207). Esta documentación y certificados se referían a la justificación de la ejecución de los contratos basados que la empresa adjudicataria de cada uno debía aportar a la administración convocante. Refiere que, por ejemplo, la comunicación contenida en los folios 5971 a 5973 se refiere al procedimiento que se iba a seguir en la facturación de las campañas, por parte de la Administración y que por lo tanto, no se trataba de una cuestión sobre la que CARAT pudiera buscar el asesoramiento de YMEDIA. y que la a única explicación plausible a este envío por parte de CARAT era su posterior reenvío a otras empresas adjudicatarias, como efectivamente ocurrió a continuación, cuando YMEDIA reenvió dicho correo electrónico a PERSUADE, con el mensaje (folio 5971): "Esto pinta que ira por aquí Para tu info" Además, la información 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.

En consecuencia, en opinión la Sala de Competencia, - que esta Sala comparte-, 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*⁴⁰.

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.

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. "

Por todo lo expuesto, concluye la CNMC que , CARAT e YMEDIA no han desvirtuado la presunción sobre la naturaleza de sus contactos relacionados con la ejecución del Acuerdo Marco.

Respecto a la explicación dada por PERSUADE e YMEDIA sobre la relación de prestación de servicios de adquisición de espacios en medios de comunicación por parte de YMEDIA, explica la resolución recurrida que *"además de que el contenido de los correos electrónicos intercambiados no se corresponde con la explicación ofrecida por la empresa, la documentación fiscal aportada por PERSUADE no sirve para desvirtuar la presunción, sino que al contrario, acredita que durante la mayor parte duración de la conducta (todo el año 2015) no existió tal relación de prestación de servicios."*

Por todo ello se afirma que tan solo la existencia de un acuerdo entre las empresas competidoras (CARAT y PERSUADE) con la participación de YMEDIA como facilitadora puede justificar los hechos acreditados, argumentado que:

"(...) junto a los contactos en los que consta acreditado el reenvío por parte de YMEDIA de los correos recibidos de CARAT, en el expediente se ha documentado la existencia de múltiples contactos entre las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco e YMEDIA (tanto de carácter bilateral como multilateral).

Que el primer contacto entre las empresas adjudicatarias respecto a los contratos basados en el Acuerdo Marco del que se ha encontrado prueba, se produjo durante la licitación de la primera campaña 1/15 - Transparencia-. Que su convocatoria originó el envío, el 26 de diciembre de 2014, entre MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA de lo que ellas calificaban como estimaciones sobre las ofertas económicas y técnicas que presentarían las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco. Que, de hecho, PERSUADE adaptó su oferta (folios 383, 574) a los cambios sugeridos por MEDIA SAPIENS (folio 5411) y fue la única que presentó una oferta con mejoras respecto de las mínimas vinculantes para cada empresa, que habían quedado determinadas en el Acuerdo Marco. Que este hecho determinó que PERSUADE resultara adjudicataria de esta campaña (folio 576).

Que durante la licitación de la campaña 4/15 - Violencia de género, el 13 de febrero de 2015, YMEDIA reenvía a PERSUADE la estrategia de medios que CARAT le había enviado previamente "para que comencemos a componer nuestro documento" y recordando que "debe ser poco valorado", como de hecho sucedió.

Que en la campaña 15/15 - Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), , CARAT remite a YMEDIA su estrategia de medios y su cobertura, reenviadas por YMEDIA a PERSUADE proponiéndole una mejora. PERSUADE fue la adjudicataria al resultar la única empresa que mejoró su oferta vinculante. CARAT y MEDIA BY DESIGN fueron expulsadas por ofertar un precio superior a su oferta vinculante del Acuerdo Marco, para uno de los servicios.

Que en la campaña 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE), en junio de 2015, PERSUADE envió a MEDIA SAPIENS su plan estratégico de comunicación para esta campaña, a lo que MEDIA SAPIENS contestó aportando su valoración económica para la misma e incorporando a YMEDIA en la respuesta, YMEDIA reenviaría posteriormente a PERSUADE, el plan estratégico de medios que CARAT le había enviado (folios 3069 a 3071). El intercambio de los planes estratégicos de comunicación producido en esta campaña ha sido expresamente reconocido por MEDIA SAPIENS en sus alegaciones a la PR (folio 8761).

Que en la campaña 21/15 - Transporte Público se acredita nuevamente la coordinación en la actuación de YMEDIA y PERSUADE. El primero remite al segundo un correo, el 30 de abril de 2015, en el que le propone



determinar su estrategia, dejando la determinación de las condiciones de PERSUADE al albur de lo que "le interese a tu amigo" (por referencia sin lugar a dudas a otra empresa adjudicataria del Acuerdo Marco) tras una conversación con "nuestro amigo" (lo que constituye una referencia a otra de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco). En esta campaña resultó adjudicatario MEDIA SAPIENS.

Que en la campaña 9/16- Sensibilización contra la violencia de las mujeres 2016, se produjo una conversación en la que participaron YMEDIA, PERSUADE y MEDIA SAPIENS. La misma se realiza del siguiente modo: en primer lugar, se ha acreditado el envío de un correo electrónico por PERSUADE a YMEDIA el 12 de mayo de 2016, en el que le envía su estimación del concurso y le propone una estrategia. Unos días más tarde, el 18 de mayo de 2016, consta en el expediente que MEDIA SAPIENS envió un correo electrónico a PERSUADE (folio 5600), que contenía ofertas económicas para diferentes medios que coinciden con las que posteriormente presentó PERSUADE en esta licitación (folios 7158 y 7159).

Que en el expediente se ha acreditado la existencia de otros contactos que ponen en evidencia la existencia de una relación altamente transparente entre MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA. El 18 de abril de 2016, MEDIA SAPIENS envió a PERSUADE y a YMEDIA, información obtenida por su empresa sobre los concursos que se preveía que fueran convocados en el futuro próximo, en ejecución del Acuerdo Marco.

Por todo lo dicho y a la vista de la prueba recabada en el expediente administrativo, se concluye que el contenido de los intercambios de información acreditados (relativos a las ofertas económicas y técnicas que las adjudicatarias presentarían a las licitaciones en curso y otros aspectos citados) tienden a la materialización de un reparto y alteración de las pujas y deben por tanto ser calificados como un acuerdo restrictivo constitutivo de cártel. Los intercambios de información referidos ponen de manifiesto que las empresas sancionadas estaban llevando a cabo una conducta tendente a alterar el funcionamiento de los contratos derivados del Acuerdo Marco al hacerse las empresas competidoras (con la intermediación de YMEDIA) partícipes de estrategias comerciales y otros elementos sensibles (estimaciones de ofertas económicas y técnicas, de descuentos, PEC, estrategias de defensa e incluso facturas)".

A la vista de todo lo expuesto, debemos precisar que la Sala no enjuicia las relaciones lícitas que existieran o pudieran existir entre YMEDIA, CARTA y PERSUADE y que lo que se examinan son aquellos contactos y comunicaciones que pudieran revestir carácter anticompetitivo.

Sentado lo anterior, a la vista de la prueba recogida en la resolución sancionadora, esta Sala concluye que ha quedado acreditada la participación de YMEDIA en la conducta sancionada y que el papel por ella desempeñado ha sido decisivo para la comisión de la infracción, ya que ha sido la empresa encargada de facilitar el intercambio de información relativa a la ejecución del Acuerdo Marco, entre CARAT y el resto de empresas incoadas, buscando una apariencia de legalidad.

Ha quedado probado que su intervención no se reducía a la de un mero intermediario sustituible por cualquier otro, sino que la elección de YMEDIA por parte del resto de empresas incoadas se debió a que ofrecía garantías adicionales para mantener el carácter secreto del acuerdo. Como han puesto de relieve tanto CARAT como YMEDIA y PERSUADE, existía una relación estructural entre CARAT e YMEDIA y una relación de prestación de servicios entre YMEDIA y PERSUADE. Y estas relaciones lícitas han sido utilizada por las empresas infractoras para enmascarar los contactos ilícitos acreditados en esta resolución.

SÉPTIMO.- De nuncia la recurrente que se produce una violación del principio de responsabilidad personal de las penas en la medida en que no se ha probado y ni-siquiera analizado- el elemento de culpabilidad de YMEDIA en su conducta. y de personalidad de la sanción (art. 25.1 CE [RCL 1978, 2836) que requiere que sólo puedan exigirse las sanciones a quienes resulten responsables de la infracción a título de dolo, culpa o mera negligencia.

El motivo ha de ser desestimado por cuanto que la conducta sancionada es imputable a YMEDIA por su papel de facilitador activo e instrumento clave del intercambio de información, a sabiendas de que facilitar el intercambio de información para el reparto del mercado no era conforme a la ley. De hecho, el propio papel de YMEDIA en la conducta puede considerarse evidencia de la intención de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco de intentar ocultar su conducta de intercambio de información sensible.

A lo dicho cabe añadir no puede exonerarse de su responsabilidad por el hecho de que la prueba recabada venga referida a uno de sus empleados, de cuya actuación ha de responder la recurrente. Por lo demás, no se ha alegado ni consta probado que YMEDIA ejercitara acciones legales contra el citado empleado, más allá de que dejara de prestar sus servicios en la empresa.

OCTAVO. - Po r lo demás, se opone en la demanda la ausencia de motivación y de proporcionalidad de la sanción.



Argumenta que la resolución recurrida realiza una mera invocación genérica de los a los factores de graduación previstos en el art. 64 LDC, sin entrar en justificación ni detalle alguno sobre cada uno de ellos. Que no o se tiene en cuenta que YMEDIA no es empresa activa en el mercado afectado en el que han tenido lugar las conductas infractoras y, por lo tanto, no tiene cuota de mercado.

Que tampoco se ha tenido en cuenta el beneficio que YMEDIA habría obtenido del supuesto reparto de las licitaciones ni el hecho de que la situación no es partícipe directo de la infracción sino en su caso "cooperador" o "facilitador, que no examina la duración de la infracción a los efectos de la sanción y que no atiende al beneficio que YMEDIA habría obtenido del supuesto reparto de las licitaciones.

Añade que YMEDIA no es partícipe directo de la infracción sino en su caso "cooperador" o "facilitador", que toda la prueba obrante en el Expediente se limita a un único empleado (D. Abilio). Que desconocía la actuación de ese empleado y, prescindió de sus servicios tan pronto como recibió la Resolución de la CNMC y conoció, por tanto, la valoración final del Consejo de la CNMC sobre el Expediente y que pese a pese a ello, se le impone la segunda sanción más elevada de todas (2 millones de euros), sin ningún tipo de razonamiento y justificación.

Por todo ello concluye que la multa impuesta es arbitraria.

NOVENO. - El motivo ahora examinado ha de ser desestimado por las razones que pasamos a exponer.

La resolución sancionadora ha seguido los criterios Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, en cuya virtud, los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador y que las sanciones deben individualizarse en función de la gravedad de las conductas .Así las cosas, recoge que la multa podría en este caso llegar hasta el 10% del "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa" por tratarse de una infracción muy grave (artículo 63.1 de la LDC).

Añade que, dentro de dicho margen, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

Reitera que la conducta sancionada constituye un cartel configurado como una infracción única y continuada, consistente en el intercambio de información tendente al reparto de licitaciones convocadas en ejecución del Acuerdo Marco. Y que, por tanto, se trata de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c); esto es, 2017, dato que se ha solicitado a todas las empresas junto, como hemos visto, con el volumen de negocios relativo a los contratos derivados del Acuerdo Marco.

Procede, a continuación, a determinar el porcentaje sancionador que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de cada empresa infractora., acudiendo a los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo la interpretación de los mismos contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

Señala que los anteriores criterios permiten realizar una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 4%. Tras ello, en el apartado "Criterios para la valoración individual de la conducta" destaca que la duración de la conducta (art. 64.1.d de la LDC) transcurre entre el 26 de diciembre de 2014 y el 25 de mayo de 2016 para CARAT, MEDIA SAPIENS, YMEDIA y PERSUADE y entre el mismo 26 de diciembre de 2014 y el 15 de octubre de 2015 para MEDIA BY DESIGN.

Añade que, para aplicar el art. 64.1.a LDC 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. 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.

Y teniendo en cuenta, el conjunto de factores expuestos anteriormente -gravedad y duración de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta- concreta concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas y el tipo sancionador que corresponde aplicar a cada empresa infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta y con su respectiva participación en ella,

Dicho o anterior precisa 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, por lo que, efectuando un juicio de proporcionalidad, ajusta la sanción que resultaría respecto de alguna de las empresas.



Y por lo que se refiere a la recurrente, expone lo siguiente:

" C. Multa a la empresa facilitadora

Por lo que se refiere a YMEDIA, la consideración de su papel determinante, no como mero asistente o colaborador pasivo del cártel, sino como auténtico facilitador activo e instrumento clave del intercambio de información, conduce a imponerle una sanción de 2.000.000 euros, que es proporcionada a su volumen de negocios total en 2017 (326.082.253 euros)"

Así las cosas, puede decirse que las consideraciones que anteceden demuestran que la cuantificación de la sanción se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación.

El hecho de que no se consiga el tipo sancionador aplicado carece de la trascendencia anulatoria pretendida por la recurrente toda vez que, si tenemos en cuenta que el volumen de negocios total de YMEDIA en el año 2017 fue de 326.082.253 euros, atendiendo al importe de la multa finalmente impuesta - 2.000.000 euros-, resultaría, tras una simple operación matemática, que el tipo aplicado es del 0,61%, inferior al aplicado a las restantes empresas sancionadas. Por lo tanto, no apreciamos defecto de motivación causante de indefensión ni vulneración del principio de proporcionalidad.

Para terminar, cumple manifestar que el de que YMEDIA no participe en el mercado afectado por la infracción no impide que a esta empresa se la pueda exigir responsabilidad.

DÉCIMO.- Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la desestimación del presente recurso , con imposición de costas a la parte recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA)**, contra la resolución de 3 de mayo de 2018, dictada en el expediente sancionador NUM000 Agencias de Medios, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los solos efectos de anular la sanción impuesta a la recurrente, con imposición de costas a la parte recurrente.

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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.