



Roj: **SAN 5320/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5320**

Id Cendoj: **28079230062023100704**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/10/2023**

Nº de Recurso: **362/2018**

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: 0000362 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3892/2018

Demandante: PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.

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. 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.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **362/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.** representada 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 la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando con la estimación del recurso «[d]eclare la caducidad del expediente administrativo sancionador incoado a PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. 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, [...]»

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 20 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 PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante PERSUADE) 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. Felix , 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 [...]».

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 Felix (PERSUADE), don Javier (MEDIA SAPIENS) y don Justo (YMEDIA), directivos o representantes legales de las empresas investigadas.

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

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

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

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

SEGUNDO.- La demanda inicia sus alegaciones, en la parte que denomina valoración jurídica, denunciando la 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.

TERCERO.- En segundo lugar, denuncia la ilegalidad de la OI, que a su juicio incumple los requisitos de motivación, incurriendo en la denominada *fishing expeditions*; su redacción no permite identificar los elementos previstos (objeto y finalidad) exigidos legalmente, en el texto el objeto y la finalidad. Este motivo se vuelve a repetir en el punto cinco del escrito de demanda, reiterando razones ya invocadas. La demanda también denuncia la extralimitación de la entrada y registro en relación al auto judicial que no autorizaba la intervención de los teléfonos móviles de los dos representantes legales de la empresa ni sus correos personales.

Estos motivos de impugnación pueden ser abordados conjuntamente en la medida de que ya 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.

CUARTO.- En cuanto al fondo, 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 resulta 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, Justo (YMEDIA) envió un correo electrónico a Felix (PERSUADE) en el que le informaba de la fecha de la reunión de CARAT. Ese mismo día Justo remite un correo a Felix 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 anticompetitiva que se imputa.

QUINTO.- Alega la actora la vulneración del principio de culpabilidad y la presunción de inocencia.

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

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 PERSUADE fue adjudicataria de 3 contratos, por valor de 7.339.669,42 euros, lo que se correspondía con el 22,75%. 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 4 contratos, por valor total de 12.792.170 euros, equivalente a un 22 %.

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



de los contratos basados en el Acuerdo Marco; y por último una serie de conductas residuales que se describen al folio 37 de la resolución sancionadora.

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

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

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

Dentro de las diferentes conductas que se reprochan podemos destacar, a título de ejemplo, que el 30 de julio de 2014 YMEDIA, PERSUADE y CARAT coordinaron su reacción a la adjudicación inicial del Acuerdo Marco, como se revela que, al día siguiente de anunciarse dicha adjudicación, YMEDIA envió un correo electrónico a PERSUADE en el que se decía « *[N]o sé si serviría, pero (...) Starcom y Optimedia son del mismo grupo. Si insinuamos que puede pactar precios porque hay un responsable del grupo en España que puede dar instrucciones y pactar precios (...) Si cayera una entraría (en el caso de que MBD no estuviera que debe ser lo lógico) Zenith que, casualmente, es del mismo grupo. De ahí pasaríamos a nosotros +Por otro lado, les he dicho a Carat que intenten que un medio recurra la adjudicación porque (o informe a la administración) los precios de MBD son imposibles y porque los de MAC supondrían un perjuicio para sus intereses y que no tiene lógica. No es fácil porque deberíamos demasiados favores, pero por no pedir que no quede [...]*».

En este mismo sentido podemos destacar alguna de las comunicaciones entre YMEDIA, CARAT y PERSUADE, donde se pone de manifiesto como YMEDIA valora la facilidad con la que empresas de un mismo grupo pueden pactar precios, y como considera que la oferta de MAC supone un perjuicio para sus intereses conjuntos. Este comentario de YMEDIA resulta llamativo teniendo en cuenta que su oferta era la más elevada tras la de MAC y quedó como la más elevada tras la exclusión de esta última después de la estimación parcial de los recursos especiales en materia de contratación ante el TACRC, presentados por PERSUADE y CARAT. Esto implica que la oferta de YMEDIA incidió en la determinación de las puntuaciones económicas de las restantes empresas licitadoras, al ser el límite máximo que se empleó en las fórmulas.

También podemos destacar la resolución del TACRC que estimaba parcialmente los recursos interpuestos por PERSUADE y CARAT en al que se indica que « *[A]demás de las empresas citadas por PERSUADE y CARAT se ha detectado una tercera empresa -INTELIGENCIA Y MEDIA- cuya oferta es similar a la de MAC, es decir, con precios desproporcionados al alza, un 382% superior a la media con picos de 1625%. [...]*».

Constituyen ejemplos del intercambio de información entre CARAT, YMEDIA y PERSUADE sobre el contenido de los recursos interpuestos por CARAT y PERSUADE contra la adjudicación inicial del Acuerdo Marco, que revela una connivencia de las tres empresas en las alegaciones presentadas al recurso de STARCOM contra la adjudicación del Acuerdo Marco tras la estimación por el TACRC, a raíz de los recursos interpuestos por PERSUADE y CARAT. PERSUADE hizo participe a YMEDIA de su satisfacción por la estimación de este recurso, a pesar de que esta última también había licitado al Acuerdo Marco sin resultar adjudicataria. Así se refleja en el correo electrónico « *[P]ersuade. SEGUNDO y Carat CUARTO. Por finnnnn Somos la pollllaaaaaaa. Mal se nos tenía que dar [...]*»

La resolución también destaca intercambios de información a los que nos hemos referido cuando examinamos la relación entre la actora e YMEDIA a las que nos remitimos y que son contrarias a las buenas prácticas.

Las comunicaciones e informaciones intercambiadas por las empresas, si encajan en una infracción única y continuada de cártel, practica colusoria que encaja en la tipificación del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, previsión legal que se califica ex lege como muy grave de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC.

No podemos terminar este apartado sin tener presente, a los efectos de explicar la implicación, culpabilidad y conocimiento de las prácticas ilícitas, el que la actora aprovechara el incompresible error en que incurrió el Juzgado de lo Contencioso-administrativo cuando notificó a una de las implicadas el auto autorizando una de las entradas y registro, tal y como describimos en los antecedentes del fundamento primero de esta sentencia. Lo que debía ser un procedimiento inaudita parte, tras la notificación del Juzgado, fue aprovechado por alguna de las empresas, como la actora, para llevar a cabo un borrado selectivo de correos, bajo la certeza de que contenía comunicaciones e información reveladora del cártel y las prácticas anticolusorias.

SEXTO.- Por último y aunque nos referiremos a la motivación de la resolución sancionadora y a la vulneración del principio de proporcionalidad, argumentos entendemos que van dirigidos a la determinación de la sanción impuesta.

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

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

No podemos obviar que la CNMC llevó a cabo los requerimientos de información solicitando el volumen de negocio total de la empresa. Sin embargo, PERSUADE aportó una información incompleta respecto del volumen de negocios de 2016, y ningún dato sobre su volumen de negocios de 2017. Respecto de este año se limitó a ciertas facturas relacionadas con el Acuerdo Marco, por lo que la Administración se vio obligada a solicitar información al Registro Mercantil y al Junta de Contratación Centralizada respecto a las licitaciones llevada a cabo en ese contexto. A la vista del comportamiento de la actora la CNMC tomó como referencia para la base de la sanción 9.000.000 euros, en aplicación de lo establecido en el artículo 63.3 c) de la LDC « [e]n caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: (...) c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros. [...] ».

El tipo sancionador se fijó en un 5,5% sin que podamos apreciar infracción alguna del principio de proporcionalidad, si nos atenemos los porcentajes de los tipos infractores aplicados al resto de las empresas del cártel, que se movió en una horquilla de entre el 4 al 5,5%.

Bajo esta premisa podemos afirmar que el acuerdo sancionador respeta los márgenes herméticos que se deriva de la cuantificación de la multa establecidos por el Tribunal Supremo. En definitiva, la cuantificación de la multa se fija en un porcentaje que sitúa por debajo de la media el tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes respecto del valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas intervinientes en el cártel, que permitan corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

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



SÉPTIMO.- Lo dicho en los anteriores razonamientos no conducen a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.** contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 3 de mayo de 2018, en el marco del expediente sancionador NUM000 , AGENCIAS DE MEDIOS, con expresa condena en costas a la parte demandante.

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

FONDO DOCUMENTAL CENJUD