



Roj: **SAN 6758/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6758**

Id Cendoj: **28079230062024100883**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/12/2024**

Nº de Recurso: **773/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000773/2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06679/2017

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

Procurador: D. MANUEL SÁNCHEZ PUELLES CARVAJAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de diciembre de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 773/17 promovido por el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles Carvajal en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 17 de septiembre de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0036/15 MEDIASET, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 3.000.000 euros. 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 "... dicte en su día sentencia por la que, estimando el presente recurso, anule la resolución recurrida por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito, con expresa imposición a la parte demandada de las costas devengadas en este proceso y lo demás que en Derecho proceda".

SEGUNDO.-El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.-Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 16 de octubre de 2024, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 17 de septiembre de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0036/15 MEDIASET, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar acreditado el incumplimiento del Resuelve Primero y Cuarto de la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de fecha 28 de octubre de 2010, en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

SEGUNDO.- Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. una sanción de tres millones de euros (3.000.000 €), de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución y prosiga la vigilancia del expediente VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO.

(...)".

Los antecedentes procedimentales de los que parte dicha resolución pueden resumirse de este modo:

1) El 28 de octubre de 2010, el Consejo de la CNC resolvió autorizar la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de la SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (CUATRO) por parte de TELECINCO (actualmente, MEDIASET), que había dado lugar al expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO; autorización subordinada al cumplimiento de determinados compromisos presentados el 19 de octubre de 2010 por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET). En concreto, dicha resolución disponía lo siguiente:

"PRIMERO.- Subordinar en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007 la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos propuestos por el notificante el 19 de octubre de 2010 que se transcriben en el Fundamento de Derecho Segundo.

SEGUNDO.- Conceder a TELECINCO el plazo de un mes desde la fecha en que la Resolución sea ejecutiva para presentar ante la CNC un plan de actuaciones para la instrumentación de los compromisos en ella contenidos.

En el plazo máximo de un mes desde su recepción, dicho plan deberá ser aprobado por la CNC, que podrá introducir en el mismo las modificaciones que considere oportunas para el adecuado cumplimiento de los compromisos adoptados en la presente Resolución.

TERCERO.- Establecer una duración inicial de los compromisos de tres años desde la aprobación del Plan de Actuaciones, prorrogable por otros dos si no se modifican sustancialmente las circunstancias de mercado que hicieron necesarios los mismos.

CUARTO.- Intimar a TELECINCO al cumplimiento de lo previsto en la presente Resolución".

2) Con fecha 27 de abril de 2012, la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC un Informe Parcial de Vigilancia en el que se detallaban hechos acreditados e indicios de diversos incumplimientos por parte de MEDIASET de la Resolución citada y del Plan de Actuaciones, a la vista del cual el 6 de junio de 2012 el Consejo de la CNC resolvió, en el expediente VC/0230/10, declarar el incumplimiento por parte de MEDIASET de los compromisos (iii), (vi) y (xii), así como la existencia de indicios de incumplimiento del compromiso (ii), instando a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador con referencia SNC/0024/12.

3) Instruido dicho expediente, con fecha 6 de febrero de 2013, el Consejo de la CNC declaró acreditado el incumplimiento del Resuelve Primero de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, en

relación con los compromisos (ii), (iii), (vi) y (xii) y las obligaciones de provisión de información establecidas en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 respecto a los compromisos (i), (ii), (iii), (vi) y (xii); y, como consecuencia de ello, acordó imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. una sanción de 15.600.000 euros.

4) El 29 de noviembre de 2013 la Dirección de Competencia notificó a MEDIASET la propuesta del Informe Parcial de Vigilancia relativo a la posible prórroga de los compromisos. Recibidas las alegaciones de MEDIASET, la Dirección de Competencia elevó dicho informe al Consejo de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) proponiendo la prórroga de la vigencia de los compromisos por dos años más. Y, tras las actuaciones que refleja el expediente, el 21 de febrero de 2014 el Consejo de la CNMC asumió la propuesta de la DC en orden a prorrogar la vigencia de los compromisos en dos años adicionales. Además, resolvió instar a la Dirección de Competencia para que elevara Informe de Vigilancia correspondiente al tramo aún no informado del periodo inicial de tres años.

5) Por ser de particular interés en este proceso, se reflejan de manera literal los apartados 10 y siguientes de los Antecedentes de Hecho de la resolución recurrida:

"10. Con fechas 26 y 28 de marzo, y 9 y 12 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia requirió a un número de anunciantes aclaraciones sobre el proceso de negociación con PUBLIESPAÑA, tanto sobre cuestiones concretas observadas en las propuestas recibidas de las agencias de medios, como en términos generales sobre su relación con la filial de MEDIASET durante el periodo 2012 a 2014.

11. Mediante acuerdos de incorporación de fechas 12 y 20 de junio de 2014, la Dirección de Competencia acordó, por considerarlo relevante para el expediente de vigilancia, incorporar varios correos electrónicos que habían sido aportados por varios anunciantes, censurando los nombres y demás datos que pudieran facilitar la identificación de cada uno de esos anunciantes.

Asimismo, con fechas 12 y 23 de junio de 2014, la Dirección de Competencia acordó incorporar una serie de correos electrónicos que varios anunciantes habían aportado como anexos en sus respuestas a las solicitudes de información de fechas 26 y 28 de marzo de 2014 así como 9 y 12 de mayo de 2014, los cuales no habían sido reflejados en las versiones censuradas que fueron elaboradas por la Dirección de Competencia.

12. Con fecha 15 de julio de 2014, la Dirección de Competencia elaboró Propuesta de Informe Parcial de vigilancia en relación con el expediente VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO, siendo notificado a MEDIASET el 16 de julio de 2014, presentando alegaciones a la misma el 11 de agosto de 2014 (folios 2543- 2658).

13. Con fecha 19 de diciembre de 2014, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC el Informe Parcial de Vigilancia en el que concluyó que MEDIASET había incumplido nuevamente lo dispuesto en el compromiso (ii) de la propuesta de compromisos presentada y asumida por MEDIASET en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010.

14. A la vista de dicho informe parcial de vigilancia, el 18 de marzo de 2015 el Consejo de la CNMC resolvió en el marco del expediente VC/0230/10 lo siguiente (folios 1 a 25):

"PRIMERO.- Declarar que MEDIASET ha reiterado en el incumplimiento del compromiso (ii), recogido en la Resolución del Consejo de la extinta CNC de 28 de octubre de 2010 recaída en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Segundo, al vincular de facto la comercialización de los canales TELECINCO y CUATRO, entre otros, mediante la aplicación de una política de descuentos basada en el cumplimiento de una cuota global de inversión en el grupo de canales de MEDIASET.

SEGUNDO.- Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos expresados en el Resuelve anterior".

6) El 23 de marzo de 2015 el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., por incumplimiento de los dispositivos primero y cuarto de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 (folios 26 a 32), expediente registrado con el número SNC/0036/15.

7) Formulada propuesta de resolución en el sentido de sancionar a MEDIASET por infracción del artículo 62.4.c) de la LDC, y presentadas alegaciones, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó con fecha 17 de septiembre de 2015 la resolución cuya impugnación constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.-La CNMC considera, tal y como resume en el fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida, que *"... MEDIASET ha cometido una infracción muy grave del artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en el incumplimiento del resuelve primero y cuarto de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010 (C/0230/10), al*



haber incumplido, a su vez, el compromiso (ii) presentado por MEDIASET y aprobado por la CNC, consistente en no desarrollar políticas comerciales, y en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los canales TELECINCO y CUATRO".

Pues bien, dicho compromiso (ii) consistía en efecto en no desarrollar políticas comerciales, y en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión, para así impedir que de facto se imponga la contratación conjunta de la publicidad de todos los canales de televisión cuya publicidad gestione TELECINCO.

En relación con ello, el Plan de Actuaciones presentado por MEDIASET para la instrumentación de los compromisos establecía que *"TELECINCO ofrecerá la posibilidad de comprar cualquier combinación de los canales que gestiona, teniendo el cliente absoluta libertad para distribuir su inversión como estime conveniente según sus necesidades de comunicación. TELECINCO garantizará en cada periodo comercial la existencia de una oferta suficiente de paquetes que aseguren de manera efectiva el cumplimiento de este objetivo. Cada paquete tendrá su precio y un target de negociación, en función de la audiencia y del mercado. Los precios de cada paquete comercial serán independientes unos de otros y por tanto serán objeto de negociaciones diferentes".*

Como recoge la misma resolución, de acuerdo con este compromiso la entidad quedaba obligada a no vincular la comercialización de la publicidad en sus canales de mayor audiencia (TELECINCO y CUATRO) que, en virtud del compromiso (i), no podían quedar vinculados en un mismo paquete comercial y, en virtud del compromiso (ii), no podían tampoco ser vinculados a través de la comercialización conjunta de los módulos en los que quedan integrados.

Como consecuencia de la prueba practicada por la Dirección de Competencia, la CNMC llega a la conclusión de que MEDIASET incumplió el referido compromiso, cometiendo por ello la infracción descrita que sanciona en la resolución que aquí se recurre.

Ha de significarse que, como se destaca en la demanda, la Sala de la Competencia de la CNMC acordó, mediante resolución de fecha 18 de marzo de 2015, dictada en el expediente VC/0230/10, declarar que MEDIASET había incumplido el compromiso (ii), por lo que interesó de la DC la "incoación de expediente sancionador". Esta resolución fue recurrida en vía contencioso-administrativa antes esta misma Sala, Sección Primera, que lo desestimó por sentencia de 20 de noviembre de 2018. Dicha sentencia ganó firmeza al inadmitirse el recurso de casación que frente a la misma interpuso MEDIASET, declarando el Tribunal Supremo al respecto que *"Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción ex 62.4.C)".*

Dicha doctrina había sido plasmada en sentencia de , que casó la de esta Sala y Sección de fecha , recurso núm. en la cual se planteaban precisamente las dificultades conceptuales que conllevaba la apreciación de la comisión de la infracción, definida legalmente como el incumplimiento de los compromisos impuestos en un procedimiento de concentración, al margen del procedimiento sancionador.

Pues bien, en este caso la entidad actora, tras poner de manifiesto todo ello y reconocer la existencia de la doctrina jurisprudencial descrita, denuncia que *"... la CNMC no realizó instrucción alguna dirigida a probar el incumplimiento más allá de incorporar al expediente SNC/0036/15 algunos de los antecedentes obrantes en el expediente VC/0230/10; esto es, las encuestas realizadas por la Agencia Española de Anunciantes (AEA), las respuestas a los requerimientos de información realizados a agencias de medios, a los anunciantes y algunos emails, todos ellos con datos "confidenciales", o elaborando la CNMC versiones conjuntas censuradas; sin poder acceder MEDIASET a conocer, en ningún momento, qué respuesta se correspondía con cada anunciante".*

Destaca en este sentido que la imputación de la infracción del compromiso (ii), en materia publicitaria, se fundó en la información suministrada por la Asociación Española de Anunciantes (AEA) -apartado 2.1.a) de la resolución- a partir de la encuesta "anónima" facilitada por dicha asociación; y que la CNMC asumió como prueba de cargo

las propuestas comerciales de siete agencias de medios [MAGNA GLOBAL, EQMEDIA, AEGIS MEDIA, OMNICO, GROUPEM, VIVAKI y HAVAS) referentes a campañas de los años 2012 a 2014 de los principales anunciantes, y a partir de esa información *"la Dirección de Competencia realizó varios requerimientos de información, con fechas 26 y 28 de marzo, y 9 y 12 de mayo de 2014, a un número de anunciantes a los cuales se les solicitaba aclaraciones sobre el proceso de negociación con PUBLIESPAÑA, tanto sobre cuestiones concretas observadas en las propuestas recibidas de las agencias de medios, como en términos generales sobre su relación con la filial de MEDIASET durante el periodo 2012 a 2014".*



Incide en el hecho de que la misma CNMC expuso que "... en la medida en que la mayoría de anunciantes habían solicitado la confidencialidad de sus respuestas y la Dirección de Competencia consideró que las respuestas de los anunciantes sobre el proceso de negociación con el operador audiovisual podrían desvelar la estrategia del anunciante en las negociaciones y, por tanto, causarles un perjuicio, la Dirección de Competencia decidió elaborar una versión no confidencial conjunta en la que se incorporaron las respuestas de los anunciantes consultados, numerados del 1 al 16 para evitar su identificación por parte de MEDIASET. De la misma manera, con respecto al segundo grupo de anunciantes a los que se envió la solicitud de información con fechas 9 y 12 de mayo, la Dirección de Competencia declaró cautelarmente la confidencialidad de todas las respuestas recibidas y elaboró una versión no confidencial con todas las respuestas de los anunciantes consultados, numerados del 17 al 24, para evitar la identificación por parte de MEDIASET".

Y que, en el apartado 2.1.c) se unieron al expediente "correos electrónicos aportados por los anunciantes (...) censurando los nombres y demás datos que pudieran facilitar la identificación de cada uno de los anunciantes".

De todo lo cual concluye que la prueba fundamental se ha constituido a partir de la información remitida por los anunciantes, toda ella confidencial, o reflejada en versiones censuradas elaboradas por la CNMC, lo que le habría impedido ejercer su derecho a la defensa.

TERCERO.- Como se pone de relieve también en la demanda, esta misma Sección se ha pronunciado en un supuesto del todo análogo al ahora examinado.

Se trata del recurso seguido bajo el número 47/2016 que concluyó por sentencia de 18 de marzo de 2022 en la cual se analizan también las consecuencias, desde el punto de vista de la garantía del derecho a la defensa, de que la prueba en la cual se basa la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta en el correspondiente expediente sancionador haya sido obtenida a lo largo del previo expediente de incumplimiento en las mismas condiciones que en el presente caso, es decir, a partir de la información remitida por los anunciantes, confidencial en todos los casos, o reflejada en versiones censuradas elaboradas por la CNMC.

En aquel supuesto la CNMC había sancionado a ATRESMEDIA con una multa de 2.800.000 euros por "... el incumplimiento de las condiciones primera, tercera y cuarta a las que se subordinó la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/ LA SEXTA, incumpliendo lo establecido en los resuelve primero y segundo de la Resolución de 13 de julio de 2012 (...) lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia".

La operación de concentración entre ANTENA 3 y LA SEXTA fue autorizada por el Consejo de la entonces CNC el 13 de julio de 2012, y sometida al cumplimiento por parte de la entidad resultante -ATRESMEDIA- de un total de cinco condiciones (C/0432/12 ANTENA 3/ LA SEXTA).

La concentración fue objeto de vigilancia (VC/0432/12) y, posteriormente, se incoó un procedimiento sancionador (SNC/0039/15) por el incumplimiento de tres de las condiciones impuestas, constituyendo la principal prueba del incumplimiento de los compromisos (y, por tanto, de la declaración de responsabilidad y de la imposición de la consiguiente sanción) las encuestas de mercado de la AEA y las respuestas a los requerimientos de información realizadas por las mismas siete agencias de medios que el caso de MEDIASET y por varios anunciantes, cuyas respuestas se declararon confidenciales en su gran mayoría, sin poder identificar cada respuesta con un anunciante concreto. O bien dio lugar a que la CNMC elaborase "versiones conjuntas" censuradas.

Dada la evidente similitud con el supuesto que enjuiciamos aquí, resultan plenamente trasladables las consideraciones contenidas en la citada sentencia de 18 de marzo de 2022, hoy firme, que se pronuncia de manera expresa sobre el valor que cabe atribuir a la prueba obtenida de ese modo y a la que se ha dado semejante tratamiento de confidencialidad.

Decíamos en dicha sentencia, en cuanto ahora interesa, lo siguiente:

"Vistas las alegaciones efectuadas por cada una de las partes enfrentadas en relación con el incumplimiento de la condición primera antes referida relacionada con el mercado de publicidad en televisión, esta Sala inicia el análisis atendiendo en primer lugar a la alegación de la recurrente que considera que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia así como su derecho de defensa por cuanto, a su juicio, la CNMC le ha sancionado en virtud de pruebas de cargo a las que no ha tenido acceso en su integridad, sino únicamente a través de una versión conjunta no confidencial que agrupa las respuestas de todos los anunciantes de publicidad que se ha elaborado por la CNMC.

No se discute que la información en la que la CNMC sustenta el incumplimiento de la condición primera procede de las contestaciones efectuadas por los veinte anunciantes de publicidad a las diferentes cuestiones planteadas por la DC como requerimientos de información en el expediente de vigilancia.



Concretamente, la constatación relacionada con que se produce una contratación mayoritaria de los dos paquetes comercializados en lugar de la contratación de canales individuales se basa en las contestaciones de los anunciantes a la cuestión 2.3 de los requerimientos de información; la emisión de publicidad en pauta única y el correspondiente encarecimiento de costes y pérdida de afinidad a los que la CNMC se refiere, se basa en la información de los anunciantes a la cuestión 2.3; la negociación simultánea de ambos paquetes de canales viene corroborada en las contestaciones de los anunciantes a las cuestiones 3.6 y 3.7; la constatación de cuotas de inversión publicitaria en el grupo muy elevadas por parte de una parte significativa de anunciantes y cierta estabilidad en dichas cuotas a pesar de producirse en ciertas campañas variaciones significativas en cada uno de los paquetes contratados es información que se halla en las contestaciones de los anunciantes a las cuestiones 2.1, 2.2, 2.4, 3.1 y 3.7; y la existencia de penalizaciones en caso de incumplimiento de inversión pactada es información que los anunciantes habrían facilitado en la contestación a las cuestiones 3.4 y 3.7.

Es decir, a juicio de la recurrente, la práctica totalidad de la información en la que la CNMC se basa para concluir el incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros se apoya en las contestaciones dadas por los anunciantes de publicidad a los requerimientos de información solicitados por la DC y, sin embargo, según así expone, no ha tenido acceso en ningún momento a las contestaciones dadas por los veinte anunciantes a los que la CNMC formuló preguntas como requerimientos de información en el expediente de vigilancia ni tampoco ha tenido acceso a versiones censuradas de las contestaciones de los anunciantes, ni siquiera a las que fueron facilitadas por algunos de los propios anunciantes junto con sus contestaciones.

En este caso, la CNMC con las respuestas dadas por los anunciantes de publicidad elaboró "de oficio una versión conjunta no confidencial que agrupa las respuestas de todos los anunciantes mencionados" y se dio traslado a la recurrente del documento denominado "Versión no confidencial respuestas anunciantes requerimientos de información de 23 de mayo, 2 y 9 de junio de 2014".

Es decir, la CNMC ha otorgado un tratamiento confidencial a las respuestas e información aportada por los anunciantes de publicidad elaborando un documento censurado que ha justificado en la resolución impugnada diciendo que: "En relación con el presente expediente y, en concreto con la información cuyo acceso se solicita, esto es las versiones originales de las contestaciones donde consta la identidad de los anunciantes, cabe señalar que la misma cumple con los requisitos y criterios fijados en la Comunicación citada para ser declarada confidencial, ya que se refiere, por un lado, a un dato cuya revelación podría perjudicar las relaciones de los anunciantes con ATRESMEDIA, máxime teniendo en cuenta la estructura duopolista de este mercado, y por otro lado, resulta una información que carece de valor probatorio significativo, ya que la determinación de los hechos han derivado del contenido de las respuestas de los anunciantes y no de su identidad, así como de otra información recabada por la DC a lo largo de la instrucción del expediente. Por tanto, la identidad de los anunciantes encajaría perfectamente en la categoría de información confidencial considerada en las citadas Directrices...".

Por el contrario, la recurrente señala que esa versión no confidencial proporcionada por la CNMC no le permite ejercer su derecho de defensa porque: (i) no resulta posible conectar cada una de las respuestas incluidas en el documento elaborado por la CNMC a un anunciante determinado de entre los veinte anunciantes a los que se plantearon requerimientos de información porque se ha dado un número de forma aleatoria a cada uno de los anunciantes impidiendo así su identificación; y (ii) se desconoce qué información de las contestaciones dadas por los anunciantes se ha excluido por la CNMC así como qué información que pudiera ser favorable para los intereses de Atresmedia, relacionada con el adecuado cumplimiento de las obligaciones de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros, ha podido quedar excluida porque la propia CNMC ha realizado, además, en esa versión no confidencial ciertas aclaraciones para facilitar la comprensión de las respuestas literales para las que pudiera haber dudas de comprensión.

Por otra parte, la recurrente refiere que la información aportada por los anunciantes en el expediente de vigilancia no puede tener el tratamiento confidencial que le ha dado la CNMC porque no concurren los supuestos previstos para ello ni en el artículo 42 de la LDC ni en la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo.

Y, por todo ello, la recurrente concluye que, al haberse declarado tal información como confidencial e incluirla en una versión del expediente inaccesible para la mercantil sancionada, se ha vulnerado, a su juicio, tanto el artículo 42 de la LDC como su derecho de defensa por cuanto que se ha visto privada de la oportunidad de conocer y de rebatir una prueba de cargo que ha sido esencial en el procedimiento sancionador para acreditar el incumplimiento de la condición primera analizada.

Debemos así examinar si las respuestas dadas por los anunciantes de publicidad, así como su identidad pueden tener la consideración de confidenciales, como ha entendido la CNMC, porque si ello fuera así sería difícil apreciar,

entonces, la vulneración del derecho de defensa de la recurrente al conocer solo una parte de las pruebas de cargo.

El artículo 42 de la LDC dispone: "En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado ". Y el apartado 23 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente señala que: "No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión".

Según la recurrente, la información aportada por los anunciantes en la medida en que es una información que deriva de las relaciones comerciales entre dichos anunciantes y la propia Atresmedia no puede considerarse ni secreto comercial ni confidencial y, por tanto, se le debió facilitar esa información de forma íntegra y no solo la versión no confidencial elaborada por la propia CNMC. Asimismo, según expone la recurrente, la información aportada por los anunciantes tampoco puede ser calificada como confidencial si se tiene en cuenta el apartado 21 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente, en el que se señala que la información que tenga carácter de secreto comercial se considerará confidencial "(...) cuando la persona o empresa en cuestión haya presentado una solicitud a este efecto y dicha solicitud haya sido aceptada por la Comisión". Y, según la recurrente, al menos, la CNMC debió haber dado a conocer la información de todos aquellos anunciantes -de veinte, al menos, dieciséis- que en el expediente de vigilancia no solicitaron la confidencialidad de la información que aportaron junto con su contestación. Así, según expone la recurrente, debió tener acceso como mínimo a la información contenida en las contestaciones de dieciséis de los veinte anunciantes (excepto Procter & Gamble España, Nutrexpá, Henkel y Grupo Leche Pascual, que sí solicitaron la confidencialidad de la información aportada).

Por ello, la parte actora concluye que la CNMC ha infringido el artículo 42 de la LDC al haber incluido la información contenida en las contestaciones de los anunciantes en una pieza inaccesible para la recurrente, cuando se trata de la única prueba de cargo utilizada por la CNMC en contra de Atresmedia en relación con el incumplimiento de la condición primera.

Por el contrario, la CNMC mantiene que la información aportada por los anunciantes en contestación a los requerimientos de información: "(...) cumple con los requisitos y criterios fijados en la Comunicación citada para ser declarada confidencial". Y encaja en la categoría de "Otra información confidencial" del apartado 19 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente. Según la CNMC, la revelación de toda la información aportada por los anunciantes perjudicaría significativamente los intereses de los mismos en sus relaciones con Atresmedia.

Llegados a este punto se trata de conjugar el derecho de defensa del sancionado y el secreto comercial y el carácter confidencial de algunas de las pruebas de cargo de las que se ha servido la CNMC para sancionar.

En este punto esta Sección da la razón a la recurrente porque considera que la CNMC en el procedimiento sancionador debió proporcionar el contenido íntegro de las respuestas dadas por los anunciantes de publicidad al formulario dirigido por la DC en el expediente de vigilancia. Y ello porque, a diferencia de la CNMC, no consideramos que la identidad del anunciante de publicidad sea un dato que deba ocultarse a la sancionada porque es difícil concluir que se trata de un dato confidencial cuando ha mantenido relaciones comerciales con la recurrente. Tampoco compartimos con la CNMC que la razón por la que deba ocultarse la identidad del anunciante sea por las posibles represalias de la recurrente y ello porque es este un dato hipotético respecto del cual la CNMC no aporta un solo indicio e, incluso, para el caso de que así fuera, quedaría abierta la posibilidad de que se utilizaran diversas vías frente a la actuación de la recurrente pero, en este procedimiento sancionador y con los datos que disponemos, entendemos que debemos dar preferencia y prioridad al derecho de defensa del recurrente que ha sido sancionado en base a las declaraciones de los anunciantes de publicidad respecto de los cuales, como se desconoce la identidad del anunciante que ha realizado una manifestación concreta se le está privando de la posibilidad de desvirtuar, en su caso, esa afirmación. No es inocuo conocer la identidad de quien afirma algo en tu contra que va a convertirse, además, en prueba de cargo sin que la sancionada pueda rebatir su concreta afirmación y, por otra parte, esa identidad no solo deja de tener carácter secreto y confidencial cuando han existido entre los anunciantes y la recurrente relaciones comerciales sino que, precisamente, en virtud de ese conocimiento comercial y de las negociaciones con los anunciantes, el recurrente podía, quizás, demostrar la inexactitud de las afirmaciones efectuadas por algunos anunciantes en su contra si hubiera podido conocer su identidad. Idénticas consideraciones realizamos en cuanto que la CNMC no ha proporcionado a la recurrente todas las respuestas que han dado al formulario presentado por la DC sino únicamente un extracto que ha sido, además, preseleccionado por la propia CNMC escogiendo párrafos de algunas de esas respuestas,



agrupando respuestas por bloques de tema e incluso realizando aclaraciones para facilitar la comprensión de las respuestas literales para las que pudiera haber dudas de comprensión y con ello la CNMC que sanciona está privando así al sancionado de la posibilidad de interpretar también las respuestas dadas por los anunciantes en el contexto integro en el que se han dado. El carácter confidencial y el carácter secreto en que se apoya la CNMC no puede interpretarse en términos tan extensos que supongan privar al sancionado de su derecho de defensa al desconocer la totalidad de las respuestas dadas por los anunciantes. Y tampoco podemos admitir la tesis de la CNMC de que lo que se ha declarado confidencial no era esencial, carecía de valor probatorio significativo ni tenía virtualidad relevante para la defensa del sancionado ya que, en ese contexto y en el ejercicio del derecho de defensa, corresponde al sancionado valorar la prueba de cargo, así como su relevancia.

En consecuencia, esta Sala concluye que con la versión no confidencial analizada otorgada a la recurrente por parte de la CNMC se ha visto mermado su derecho de defensa por cuanto que ignora en qué contexto el anunciante ha dado una respuesta determinada que, si se hubiera conocido en su totalidad, ello habría permitido al recurrente aportar pruebas que desvirtuaran esas afirmaciones. Y, además, porque eran informaciones dadas por entidades que como anunciantes de publicidad habían mantenido relaciones comerciales con la recurrente por lo que en esas respuestas ya es difícil apreciar el carácter confidencial, así como en relación al nombre del anunciante que otorga esas respuestas. Por lo que no poder conocer la identidad de los anunciantes impide a la sancionada reconstruir documentalmente las negociaciones llevadas a cabo con cada uno de los anunciantes para de este modo identificar y, en su caso, aportar prueba documental de descargo en relación con las manifestaciones de esos mismos anunciantes que se utilizan como prueba de cargo contra la recurrente. Además, la falta de acceso a la versión original de las contestaciones, que podría haber sido puesta a disposición de la recurrente en forma censurada (mediante la censura de los documentos originales y no mediante el volcado selectivo de manifestaciones en un documento elaborado por la propia CNMC), podría contener información relevante para valorar el presunto incumplimiento por Atresmedia de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal General de la Unión Europea ponderando en el conflicto ente el ejercicio del derecho de defensa y la denegación del acceso a determinados documentos de terceros integrantes del expediente por su carácter de secreto comercial. Destacamos las sentencias de 29 de junio de 1995, T-30/91, Solvay contra Comisión Europea y de 27 de septiembre de 2012, T-370/06, Kuwait Petroleum contra Comisión Europea .

Una de las cuestiones que dicho Tribunal analizó en el asunto Solvay contra Comisión Europea estaba relacionada, precisamente, con si la denegación por parte de la Comisión Europea del acceso por parte de la demandante a determinados documentos aportados por una tercera empresa (aquellos denominados documentos "código V"), podrían haber afectado al derecho de defensa de la recurrente en la medida en que, habiendo sido valorados por la Comisión Europea para formular los correspondientes cargos contra Solvay, podrían haber contenido información igualmente útil para la defensa de la misma en el procedimiento administrativo. Y el TGUE da prioridad al derecho de defensa que entiende se ha visto vulnerado por la negativa de la Comisión Europea a permitir el acceso a determinada documentación del expediente. Concretamente, se dijo: "(...) la Comisión señala que sus propios funcionarios examinaron una y otra vez la totalidad de los documentos de que ella disponía, sin llegar, no obstante, a descubrir dato alguno que pudiera exculpar a la demandante, por lo que resultaba inútil dar traslado de aquéllos. Procede subrayar a este respecto que, en el marco del procedimiento contradictorio regulado por el Reglamento n° 17, no puede considerarse competencia exclusiva de la Comisión la decisión sobre qué documentos son útiles para la defensa. En efecto, cuando se trata, como en el caso de autos, de apreciaciones económicas cuya realización resulta difícil y compleja, la Comisión debe dar a los Abogados de la empresa afectada la posibilidad de examinar los documentos que puedan ser pertinentes, a fin de apreciar su valor como pruebas para la defensa. (...) El Tribunal considera que, en tales circunstancias, es preciso evitar que la defensa de dichas empresas pueda verse perjudicada por un eventual error de los funcionarios de la Comisión al calificar un documento dado de documento «neutro», del que no se dará traslado a las empresas por carecer de utilidad. La tesis contraria, defendida por la Comisión, tendría como consecuencia impedir que se pudiera descubrir un error de este tipo a tiempo, antes de la Decisión de la Comisión, salvo en el supuesto, excepcional de una cooperación espontánea entre las empresas afectadas, lo que supondría unos riesgos inaceptables para una buena administración de la justicia. Habida cuenta del principio general de igualdad de armas, que en el marco de un asunto de competencia supone que la empresa afectada tenga un conocimiento del expediente utilizado en el procedimiento idéntico al que tiene la Comisión, no cabe acoger la tesis de la Comisión. El Tribunal no puede admitir que, en el momento de pronunciarse sobre la infracción, la Comisión haya sido la única en disponer de los documentos marcados con el código V y haya tenido, por tanto, la posibilidad de decidir por sí sola si utilizarlos o no contra la demandante, mientras que esta última no tenía acceso a ellos y no pudo por tanto adoptar la decisión correlativa de utilizarlos o no para su defensa.



En un supuesto de este tipo, el derecho de defensa del que disfruta la demandante durante el procedimiento administrativo sufriría una restricción demasiado grande en relación con las facultades de la Comisión, la cual uniría a la función de autoridad que notifica los cargos la de autoridad decisoria, al tiempo que dispone de un conocimiento del expediente superior al de la defensa".

Asimismo, el TGUE en relación con la vulneración del derecho de defensa derivado de la denegación del acceso a determinados documentos del expediente ha señalado que: "Procede subrayar que la violación del derecho de defensa que tuvo lugar durante el procedimiento administrativo no puede tampoco verse regularizada en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, que se limita a un control jurisdiccional en el marco de los motivos invocados y sólo en este marco, y que no puede, por tanto, reemplazar a la instrucción completa del asunto en el marco del procedimiento administrativo. En efecto, si la demandante hubiera podido invocar durante el procedimiento administrativo algunos documentos capaces de exculparla, habría podido eventualmente influir en las apreciaciones efectuadas por la Junta de Comisarios, al menos en lo que respecta a la fuerza probatoria del comportamiento paralelo y pasivo que se le reprochaba en la fase inicial de la infracción y por lo tanto en todo el tiempo que duró ésta".

En definitiva, esta Sala, por las razones anteriormente expuestas, considera que la CNMC ha vulnerado el derecho de defensa de la entidad sancionada previsto en el artículo 24 de la CE y, en consecuencia, no entendemos ajustada al ordenamiento jurídico la imputación efectuada a la recurrente por parte de la CNMC relativa al incumplimiento de la condición primera del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2012 que ahora anulamos".

Ante la identidad de supuestos, hemos de concluir que también aquí se ha vulnerado el derecho de defensa de MEDIASET por cuanto las condiciones de acceso a las pruebas en las que se ha basado la declaración de responsabilidad han sido igualmente mermadas, manteniéndose la confidencialidad de la identidad y de las respuestas de varios anunciantes, así como de las propuestas comerciales que acompañó cada uno, determinantes a la postre de la sanción.

Lo que obliga a estimar el recurso y a anular la resolución impugnada.

CUARTO.- Las costas causadas en esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles Carvajal en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 17 de septiembre de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente SNC/0036/15 MEDIASET, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 3.000.000 euros.

2.- Anular la referida resolución, por ser contraria a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

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