

RESOLUCION

(Expediente SNC/0012/11 TELECINCO)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 29 de julio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente Sancionador SNC/0012/11 propuesto e instruido por la Dirección de Investigación contra la GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.), conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993 de 4 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, por un presunto incumplimiento del plazo contemplado en la resolución del Consejo del 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO para la presentación de la propuesta del Plan de Actuaciones, lo que supondría una infracción del artículo 62.4. c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 28 de abril de 2010 fue notificada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por parte de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (actualmente denominada MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. y en adelante TELECINCO), la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELECINCO del control exclusivo de Sociedad General de Televisión CUATRO S.A.U. (en adelante CUATRO), mediante la compraventa del 100% de su capital social, notificación que dio lugar al expediente C/0230/10 TELECINCO / CUATRO.

A la vista de los importantes problemas de competencia que suscitaba la citada operación, el Consejo acordó, con fecha 30 de julio de 2010, el inicio de la segunda fase.

2. Con fecha 28 de octubre de 2010, el Consejo de la CNC resolvió autorizar, subordinada al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por TELECINCO el 19 de octubre de 2010, la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELECINCO del control exclusivo de CUATRO. Esta resolución devino ejecutiva el 11 de noviembre de 2010, una vez que la Ministra de Economía y Hacienda acordó no elevar al Consejo de Ministros la misma.
3. En el resuelve segundo de esta resolución se establecía que TELECINCO disponía de un mes de plazo desde la fecha en que dicha resolución fuese ejecutiva para presentar ante la CNC un plan de actuaciones para la instrumentación de los compromisos en ella contenidos.
4. La vigilancia del cumplimiento de la anterior resolución se ha realizado en el marco del expediente VC/0230 TELECINCO/CUATRO.
5. Con fecha 21 de diciembre de 2010, y al no haber recibido la propuesta de Plan de Actuaciones por parte de TELECINCO, la Dirección de Investigación realizó un requerimiento a TELECINCO, en el marco del expediente de vigilancia VC/0230, solicitando la presentación del citado plan en un plazo de diez días. Este plazo fue ampliado en cinco días el 23 de diciembre de 2010, a solicitud de TELECINCO.
6. Con fecha 13 de enero de 2011 tuvo entrada en la CNC la primera propuesta de plan de actuaciones de TELECINCO. El mismo 13 de enero de 2011, la Dirección de Investigación remitió a TELECINCO un escrito solicitando la subsanación en un plazo de diez días de la propuesta del Plan de Actuaciones presentada por TELECINCO. El plazo para responder a dicha solicitud de subsanación fue ampliado en cinco días el 25 de enero de 2011, a petición de TELECINCO.
7. El 31 de enero de 2011 se recibió en la CNC un escrito de TELECINCO acompañando propuesta de Plan de Actuaciones y solicitando la aprobación del mismo por la Dirección de Investigación.
8. Con fecha 23 de febrero de 2011, y habiendo introducido mediante resolución determinadas modificaciones necesarias en el Plan de Actuaciones para el adecuado cumplimiento de los compromisos propuestos por TELECINCO el 19 de octubre de 2010, la Dirección de Investigación aprobó el Plan de Actuaciones modificado conforme a lo previsto en el resuelve segundo de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 anteriormente citada
9. Con fecha 7 de marzo de 2011, TELECINCO presentó un recurso ante el Consejo de la CNC, en virtud del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra la resolución de la Directora de Investigación de 23 de febrero de 2011 anteriormente citada,

que dio lugar al expediente R/0068/10 TELECINCO 2. En dicho recurso se solicitaba la suspensión cautelar de la ejecución de los puntos impugnados del plan de actuaciones de 23 de febrero de 2011.

10. El 21 de marzo de 2011 el Consejo de la CNC decidió desestimar la solicitud de suspensión cautelar planteada por TELECINCO.
11. Finalmente, el 25 de abril de 2011 el Consejo de la CNC acordó desestimar el recurso de TELECINCO en el marco del expediente R/0068/10 TELECINCO 2.
12. Por otro lado, tras haber tenido conocimiento en el marco de la tramitación del recurso R/0068/11 TELECINCO 2 de que TELECINCO no había respetado el plazo de presentación de su propuesta de Plan de Actuaciones previsto en el resuelve segundo de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 anteriormente citada, el Consejo de la CNC acordó el 25 de abril de 2011 interesar a la Dirección de Investigación la incoación contra TELECINCO de un expediente sancionador por el incumplimiento de lo previsto en el resuelve segundo de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 anteriormente citada.
13. A la vista de lo anterior, con fecha 27 de abril de 2011, mediante resolución de la Directora de Investigación y en virtud del artículo 70.2 de la LDC, se acordó incoar expediente sancionador contra TELECINCO por una infracción del artículo 62.4.c) de la LDC.
14. Asimismo con fecha 28 de abril de 2011, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como del artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se notificó a TELECINCO el acuerdo de incoación, al objeto de que pudiera presentar alegaciones frente a los cargos formulados por la CNC.
15. El 17 de mayo de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de TELECINCO en relación con el mencionado acuerdo de incoación.
16. Con fecha 1 de junio de 2011 se requirió a TELECINCO determinada información relacionada con su volumen de negocios.
17. Con fecha 16 de junio de 2011, la Dirección de Investigación emitió su propuesta de Resolución.
18. El 8 de julio de 2011 TELECINCO presentó escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.
19. El 22 de julio de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones complementarias de TELECINCO que fue parcialmente rectificado mediante escrito de 27 de julio.

20. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en la sesión celebrada el día 27 de julio de 2011.
21. Es parte interesada MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A (antes GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. y, en adelante, TELECINCO)

HECHOS PROBADOS

- 1.- En el dispositivo segundo de la resolución del Consejo de la CNC del 28 de octubre de 2010 (folios 71 a 88), mediante la cual se aprueba la operación de concentración TELECINCO/CUATRO sujeta a determinados compromisos propuestos por TELECINCO el 19 de octubre de 2010, se concede *“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.”*
- 2.- Dicha resolución fue plenamente ejecutiva el 11 de noviembre de 2010, fecha en la cual la Ministra de Economía y Hacienda resolvió que no procedía su elevación a Consejo de Ministros (folios 199-200).
- 3.- El 21 de diciembre de 2010, habiendo transcurrido ya 10 días tras la finalización del plazo de un mes para presentar el Plan de Actuaciones, sin haber recibido la propuesta de TELECINCO al respecto, la Dirección de Investigación requirió a TELECINCO su presentación dando un plazo de diez días para contestar al requerimiento (folios 202-204).
- 4.- El 23 de diciembre de 2010, TELECINCO solicitó la ampliación del plazo de diez días, que le había otorgado la Dirección de Investigación para la presentación del Plan de Actuaciones (folios 208-210). La Dirección de Investigación accedió a dicha solicitud, acordando ampliar el plazo en cinco días el mismo 23 de diciembre de 2010 (folio 211).
- 5.- Con fecha 28 de diciembre de 2010 se consumó la adquisición por TELECINCO del control exclusivo de CUATRO.
- 6.- Con fecha 13 de enero de 2011 tuvo entrada en la CNC la primera propuesta de plan de actuaciones de TELECINCO (folios 215-225).

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 62.4 c) de la LDC, constituye una infracción muy grave *“c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución,*

acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.

De conformidad con el precepto antedicho, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del mencionado tipo infractor. Por un lado, debe existir una resolución, acuerdo o compromiso en materia de conductas restrictivas o de control de concentraciones y, por otro, debe existir un incumplimiento o contravención de dicha resolución, acuerdo o compromiso.

El presente procedimiento tiene por objeto determinar si, como propone la Dirección de Investigación, TELECINCO incumplió el plazo contemplado en la Resolución del Consejo del 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO para la presentación de la propuesta del Plan de Actuaciones y si dicha actuación es constitutiva de la infracción descrita.

SEGUNDO: Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.4 c) de la LDC.

Por lo que respecta al primero de los requisitos a que se ha hecho referencia en el Fundamento precedente, es incontrovertible, y así consta en los Hechos acreditados, que con fecha 28 de octubre de 2010, el Consejo de la CNC resolvió autorizar, subordinada al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por TELECINCO, la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELECINCO del control exclusivo de CUATRO. La resolución del Consejo devino firme en vía administrativa el 11 de noviembre de 2010, toda vez que la Ministra de Economía y Hacienda acordó no elevar la misma al Consejo de Ministros.

En relación con el segundo de los requisitos mencionados, esto es, el incumplimiento de la resolución del Consejo por no haber presentado la interesada el Plan de actuaciones en el plazo contemplado en aquella resolución de 28 de octubre de 2010, este Consejo quiere, una vez más, poner de manifiesto, con carácter preliminar, la grave perturbación del interés público tutelado por la CNC que produce la demora de la puesta en marcha de los compromisos aprobados en el ámbito de una operación de concentración. Tal y como ya ha declarado este Consejo en el marco del expediente de referencia, (acuerdo de 21 de marzo de 2011, expte. R/0068/11 TELECINCO), *“la aprobación de dicho Plan es lo que permite especificar cómo deben ejecutarse los compromisos a los que está subordinada la autorización y, por lo tanto, lo que posibilita su cumplimiento. En la medida en que tales compromisos constituyen el cauce, dicho sea de paso ofrecido por TELECINCO, para solventar los graves problemas de competencia que la toma de control de CUATRO por parte de aquella, produciría en los mercados afectados por la operación, paralizar su aplicación equivaldría, al menos en parte, a privar de virtualidad a la resolución*

del Consejo, con las innegables y gravísimas consecuencias que ello supondría para el mantenimiento efectivo de la competencia...”.

Efectuada esta precisión, el Consejo entiende verificados una serie de hechos que refrendan, sin margen alguno a debate, el incumplimiento incurrido por la empresa interesada:

- En el plazo estipulado en el resuelve segundo de la resolución de 28 de octubre de 2010, un mes a partir de que la resolución fuese ejecutiva, TELECINCO no presentó el Plan de Actuaciones para la instrumentación de los compromisos en aquélla contenidos.
- Al no haber recibido la mencionada propuesta por parte de TELECINCO, con fecha 21 de diciembre de 2010, la DI requirió nuevamente a TELECINCO para su presentación.
- Tras una solicitud de ampliación del plazo otorgado, presentada después de concluido el propio plazo para presentar el Plan de Actuaciones, el 13 de enero tuvo entrada la primera propuesta de plan de actuaciones de TELECINCO.
- Finalmente, el 23 de febrero, ante las deficiencias detectadas en el Plan presentado por TELECINCO, la DI aprobó de oficio el Plan de Actuaciones, habiendo introducido determinadas modificaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de los compromisos propuestos por TELECINCO.

Es decir, que no es solo que TELECINCO no haya presentado el Plan de Actuaciones en plazo, sino que ha tenido que mediar un requerimiento de la Dirección de Investigación para recordarle el cumplimiento de una obligación cuya trascendencia para la plena efectividad de la Resolución que le ha permitido ejecutar la operación de concentración conocía a la perfección.

Por otra parte, no puede ser acogido por este Consejo la alegación efectuada por la mercantil interesada, en el sentido de que la actuación posterior de la DI concediendo un nuevo plazo y no iniciando inmediatamente expediente sancionador, suponen la constatación de que la presentación extemporánea del Plan por parte de TELECINCO, fue aceptada por la CNC y, por tanto, el supuesto incumplimiento quedó subsanado.

En primer lugar, el artículo 76.3 de la Ley 30/1992 que la interesada aduce no es aplicable al caso, porque tal y como la DI señala en su informe, este supuesto excede con creces del mero cumplimiento de un trámite para afectar directamente a la ejecución de una forma rápida y eficaz de una resolución del Consejo con importantes implicaciones desde el punto de vista de la competencia y que es plenamente ejecutiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 58.6 de la LDC.

La apreciación anterior no se ve oscurecida por el hecho de que la DI, en virtud de las funciones legal y reglamentariamente encomendadas (especialmente ex. art. 71.1 del RDC), le exhorte a su ejecución, ya que el motivo no es subsanar un simple defecto, como puede ser la falta de aportación de un determinado dato, sino evitar las graves consecuencias que dicha inobservancia puede tener en el mercado afectado. Ello no puede suponer, en ningún caso, la subsanación de la infracción por parte de la DI, como tampoco la continuación con éxito de una inspección supone la subsanación de posibles obstrucciones acaecidas en un momento anterior, ni puede hacer decaer sus funciones de vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones. La infracción se ha cometido y ni siquiera se puede decir que TELECINCO haya realizado ninguna actuación tendente a evitar que continúe la infracción, sino que ha tenido que ser compelida a ello.

Tampoco resulta admisible la argumentación de la imputada en el sentido de que la incoación del presente expediente infringe la prohibición de la *reformatio in peius*, o lo que es lo mismo, supone un quebrantamiento del principio general, según el cual debe garantizarse al administrado la seguridad y certidumbre de que la resolución final adoptada en los recursos que plantee, no supondrá un empeoramiento de su situación en el proceso, como consecuencia del recurso. Con independencia de la forma en que haya tenido conocimiento de los mismos, el Consejo, a la vista de hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción administrativa, está obligado a ponerlo en conocimiento de la Dirección de Investigación a los efectos oportunos, sin que de dicha actuación se pueda hacer otra lectura que el escrupuloso cumplimiento del principio de legalidad a que se encuentra sometido por aplicación del artículo 103 de la Constitución Española.

En definitiva, es evidente que ha existido un incumplimiento de la obligación de presentación del Plan de Actuaciones en plazo que recaía sobre TELECINCO, lo que revela la presencia del elemento objetivo del tipo infractor.

TERCERO.-Sobre el elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta ilícita enjuiciada.

Según reiterada jurisprudencia, entre otras STS de 22 de noviembre de 2004, la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ámbito del derecho sancionador, señalando al respecto que sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), que excluye la imposición de sanciones sin atender a la conducta diligente del administrado, pues más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados. Así pues, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26/03/86 entre otras).

De esta forma, tal y como se ha puesto de manifiesto en otras Resoluciones (Expte. SNC 0010/11, GRAFOPLAS DEL NOROESTE), sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

En este sentido, el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que: *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

De acuerdo con lo anterior, el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, sino que es extensible a aquellos supuestos en los que el sujeto agente de la infracción actúa a “título de simple negligencia”.

En cuanto a la regulación contenida en la LDC, de acuerdo con el artículo 61: “Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”. Este precepto debe ponerse en conexión, en el presente caso, con el anteriormente citado artículo 62.2.e)

Por lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, este Consejo entiende que de los extremos constatados en el expediente de vigilancia, se puede colegir tanto el conocimiento del carácter típico y antijurídico de la conducta por parte de TELECINCO como también la concurrencia del elemento volitivo, es decir, la voluntad de realizarla.

En tal sentido resulta irrefutable, de una parte, que la interesada conocía del plazo fijado en el propio dispositivo de la Resolución del Consejo para la presentación por su parte del Plan de Actuaciones, y de otra, que en el plazo establecido expresamente para ello en la mencionada resolución, TELECINCO, de forma deliberada y consciente, no presentó el Plan de Actuaciones a que estaba compelida, ni aportó evidencias de la existencia de una justificación suficiente para apearla de tal obligación.

Tampoco debe obviarse, puesto que no es una cuestión menor, que la presentación tardía del Plan de Actuaciones, imprescindible para una adecuada ejecución de la Resolución de 28 de octubre de 2010, ha dado lugar a que TELECINCO haya podido disfrutar, al menos temporalmente, de todos los beneficios resultantes de la concentración de dos de las cadenas televisivas más importantes del país sin verse sometido a las limitaciones derivadas de los compromisos aprobados en dicha resolución, que son lo que resuelven los graves problemas de competencia detectados por la CNC y sin los cuales la operación no se podría haber autorizado.

En consecuencia, entiende este Consejo que la conducta de TELECINCO no puede ser considerada sino como dolosa, en la medida en que fue realizada con pleno conocimiento y voluntad de obtener las consecuencias que de ella se derivaban. Pero aun cuando no fuera así, la omisión en que ha incurrido TELECINCO revela una falta de diligencia en el cumplimiento de obligaciones que es tan evidente que confirma de forma indubitada su culpabilidad.

Por todo lo expuesto, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, cumpliéndose entonces el último de los requisitos necesarios para apreciar la infracción.

TERCERO.- Sobre el importe de la sanción.

Resulta acreditado que TELECINCO ha incumplido lo establecido en una resolución, por lo que resuelta la existencia de una infracción muy grave a la LDC por incumplimiento del artículo 62.4. c) de la LDC, el Consejo de la CNC puede imponer sobre la base del artículo 63.1 de la citada ley una multa de hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El Consejo debe partir de que el hecho por el que se sanciona en este expediente es el incumplimiento de una Resolución del Consejo de la CNC, la Resolución de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, y solo por ello ese hecho es merecedor de ser calificado de muy grave. Además, dicho incumplimiento supone que durante un periodo de tiempo la operación ha desplegado sus efectos sin que se hayan puesto en práctica los mecanismos previstos para ejecutar los compromisos que permitieron su autorización con el fin de restablecer las condiciones de competencia en los mercados afectados.

Ahora bien, dado que el plazo de demora final ha resultado ser de dos meses, y que entre la ejecución formal de la operación y la presentación del primer Plan de Actuaciones transcurrieron dos semanas, el Consejo valora como proporcionado no llegar al 10% máximo que permite la Ley, sino aplicar el 1%, y no sobre el volumen de negocios total de la resultante de la operación, sino sobre el volumen de negocios total de la adquirida. Por todo ello, al no apreciarse la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes, la sanción final asciende a un total de 3.600.000 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que el incumplimiento del plazo contemplado en la Resolución del Consejo de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELE CINCO/CUATRO para la presentación de la propuesta del Plan de Actuaciones, supone 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 la GESTEVISIÓN TELE CINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.).

SEGUNDO.- Imponer a GESTEVISIÓN TELE CINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.) una sanción de 3.600.00 EUROS, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta RESOLUCION a la Dirección de Investigación y notifíquese a la parte interesada GESTEVISIÓN TELE CINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.) haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES a contar desde el día siguiente al de su notificación.