

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VSNC/0012/11, TELECINCO)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 12 de mayo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VSNC/0012/11, TELECINCO cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (recurso 721/2013) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de enero de 2013 (recurso 474/2011) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante TELECINCO) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011 (Expediente SNC/0012/11, TELECINCO).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 29 de julio de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó:

“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 TELECINCO/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 TELECINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.).

SEGUNDO.- Imponer a GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (actualmente MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.) una sanción de 3.600.000 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.”

2. Con fecha 2 de agosto de 2011 le fue notificada a TELECINCO (antes GESTEVISIÓN TELECINCO S.A., folio 12) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (474/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 2 de diciembre de 2011, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta condicionada a la aportación de garantía por importe de 3.600.000 €, que fue declarada suficiente por oficio de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2012.
4. Mediante Sentencia de 8 de enero de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso (474/2011) interpuesto por interpuesto por TELECINCO contra la Resolución de 29 de julio de 2011, declarando ésta conforme a derecho. Contra ella se interpuso recurso de casación (721/2013).
5. Con fecha 21 de septiembre de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por TELECINCO frente a la referida sentencia, en el único extremo relativo al importe de la multa ordenando su recálculo.
6. Con fecha 1 de junio de 2011, la Dirección de Investigación en el marco del expediente SNC/0012/11, requirió a TELECINCO la aportación de información sobre el importe neto de la cifra de su volumen de negocios consolidado y las empresas de su grupo, en el ejercicio 2010.
7. TELECINCO presentó escrito de contestación el 10 de junio de 2011 (folio 88) señalando, que el importe neto de la cifra de su volumen de negocios consolidado y las empresas de su grupo, en el ejercicio 2010 ascendió a 837.800.000 euros.
8. Es interesado: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 12 de mayo de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo.

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 29 de julio de 2011, dictada en expediente SNC/0012/11, impuso una multa de 3.600.000 € a TELECINCO. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente desestimado por Sentencia de 8 de enero de 2013 de la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 se casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y se estima parcialmente el recurso presentado por TELECINCO, anulando la multa y ordenando su recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011, recaída en el expediente SNC/0012/11, ordenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fundamentados”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 29 de julio de 2011.

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a TELECINCO hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 29 de julio de 2011, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y que no se ven afectados por el carácter parcialmente estimatorio de la sentencia del Tribunal Supremo.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, TELECINCO fue declarada responsable de una infracción de incumplimiento del plazo contemplado en la Resolución del Consejo de 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 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.
- En particular, según lo señalado en el FD tercero, sobre el elemento subjetivo: *“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 (...)”*

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción. La Resolución del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2011 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes (cfr. FD 3º de la Resolución):

- Naturaleza de la conducta: Se sanciona el incumplimiento del plazo contemplado en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, para la presentación de la propuesta del Plan de Actuaciones.
- Duración de la conducta: Si bien el plazo de demora habría sido de dos meses, desde el 11 de diciembre de 2010 (fecha límite para presentar el Plan de Actuaciones) hasta el 23 de febrero (fecha en la que se aprueba por la Dirección de Investigación el Plan de Actuaciones), entre la ejecución formal de la

operación, 28 de diciembre de 2010 (HP 5), y la presentación del primer Plan de Actuaciones, 13 de enero de 2011 (HP 6) transcurrieron sólo dos semanas.

- Efectos de la conducta. La operación habría desplegado sus efectos al no haberse 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.
- Atenuantes y agravantes. No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes a tener en cuenta para ninguna de las empresas imputadas.
- Porcentaje aplicado (%). El Consejo consideró adecuado fijar el importe de la sanción en el 1% del volumen de negocios total de la adquirida (CUATRO).

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

En su sentencia de 21 de septiembre de 2015, Tribunal Supremo señala lo siguiente:

“...la Sala de instancia no ha aplicado adecuadamente los criterios de determinación del importe de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/1007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y por ende, ha violado el referido principio enunciado en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al no valorar la gravedad del hecho infractor a la luz de las circunstancias concurrentes, y declarar ajustado a Derecho el importe de la sanción pecuniaria impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a pesar de que, incurriendo en error de Derecho, no atendió en la cuantificación de la multa al «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, sino al de la sociedad adquirida, procediendo a aplicar sobre dicha cantidad el 1 por ciento. Asimismo, estimamos que la sentencia incurre en error de Derecho al no tomar en consideración que cabía computar como demora el plazo transcurrido entre el 11 de diciembre de 2010 -fecha en que cabe considerar expirado el plazo establecido para presentar el Plan de Actuaciones- y el 13 de enero de 2011 -en que se comunica a la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta del referido Plan-.

Por ello, estimamos que la Sala de instancia ha vulnerado los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tal como habían sido interpretados por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013) y de 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013), y no ha respetado el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de la infracción, la duración de la infracción -que se circunscribe al periodo de un mes-, la realización de actuaciones para poner fin a la infracción, el efecto de la infracción

sobre los intereses públicos vinculados a la libre competencia en el sector audiovisual.

(...)

ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria aplicando los criterios legales previstos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ateniendo a las circunstancias atenuantes expuestas, y que, en ningún caso, podría superar la cifra de un millón ochocientos mil euros 1.800.000 €), para no incurrir en la prohibición de reformatio in peius”.

La sentencia citada se remite también a la de 29 de enero de 2015. Cabe señalar que en el caso que nos ocupa no se sanciona una conducta prohibida por artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, sino una infracción del artículo 62.4.c de la citada ley, esto, incumplir una previa resolución del Consejo. Siendo ello así, la multa aquí calculada no obedeció a la aplicación de la Comunicación de multas, cuya metodología subyace en la sentencia de 29 de enero y es, en definitivas, declarada contraria a los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007.

Siendo ello así, teniendo en cuenta la interpretación dada por el Tribunal Supremo sobre los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 en su sentencia de 29 de enero de 2015, el proceso de determinación de la multa deberá también ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse.
- La base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, viene determinado, según el artículo 63.1 de la LDC, al “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, “*a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.*”

3.3. Criterios generales para la determinación de la sanción a TELECINCO.

La infracción que acredita la Resolución de 29 de julio de 2011 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable TELECINCO es una infracción muy grave (art. 62.4.c) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2010.

La base sobre la que calcular el porcentaje de multa, según manifiesta el Tribunal Supremo, habrá de ser el volumen de negocios total de la empresa infractora, TELECINCO, constando, como se ha mencionado, que según escrito de 10 de junio de 2011, el importe neto de la cifra de volumen de negocios consolidado y las empresas de su grupo, para el ejercicio económico 2010 de TELECINCO ascendió a 837.800.000 €.

Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 29 de julio de 2011 (SNC/0012/11), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tres son los aspectos que concreta la sentencia que aquí se ejecuta:

- *Error de Derecho, al no atender en la cuantificación de la multa al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, sino al de la sociedad adquirida, procediendo a aplicar sobre dicha cantidad el 1 por ciento.*

Cabe a este respecto señalar que la resolución atendió al 10% del volumen de negocios total de la empresa como límite de la sanción, y determinó su importe aplicando un 1% al volumen de la adquirida (obviamente inferior), como forma de concretar el alcance o la magnitud económica afectada por la conducta.

- *Error de Derecho al no tomar en consideración que cabía computar como demora el plazo transcurrido entre el 11 de diciembre de 2010 -fecha en que cabe considerar expirado el plazo establecido para presentar el Plan de Actuaciones- y el 13 de enero de 2011 -en que se comunica a la Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta del referido Plan-.*

La resolución inicial consideró una demora de dos meses, si bien también reflejó que la misma podría razonablemente reducirse a dos semanas. Sea como fuere, el Tribunal Supremo fija definitivamente la duración de la mora en un mes (11 diciembre 2010 a 13 enero 2011).

- *Por último, añade la conveniencia de tomar en cuenta la naturaleza y entidad de la infracción, la duración de la infracción -que se circunscribe al periodo de un mes-, la realización de actuaciones para poner fin a la infracción, el efecto de la infracción sobre los intereses públicos vinculados a la libre competencia en el sector audiovisual.*

De acuerdo con todo lo anterior cabe en primer lugar señalar que TELECINCO conocía el plazo fijado en la Resolución del Consejo para la presentación del Plan de Actuaciones, entre otras cosas porque era un compromiso presentado por ella misma, sin que haya justificado su incumplimiento, ni haberlo presentado una vez requerido por la Dirección de Investigación.

En términos generales, la demora de la puesta en marcha de los compromisos aprobados en el ámbito de una operación de concentración, perturba gravemente el interés público tutelado por la CNMC, en la medida en que tales compromisos constituyen el cauce para solventar los problemas detectados en la operación de concentración que se somete a autorización, privando de virtualidad a la Resolución con las consecuencias que ello supone para el mantenimiento efectivo de la competencia.

En el caso presente, tal y como se señala en la Resolución de 29 de julio de 2011, la no presentación en tiempo del plan de actuaciones ha llevado 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.”*

La infracción, como señala el Tribunal Supremo, se circunscribe al periodo de un mes, desde el 11 de diciembre de 2010, fecha en la que expira el plazo para presentar el Plan de Actuaciones, hasta el 13 de enero de 2011, fecha en la que se comunica a la Dirección de Investigación la primera propuesta.

Además, tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia, la Sala de Competencia ha tenido en cuenta para la determinación de la sanción, el hecho de que TELECINCO haya finalmente presentado un Plan de actuaciones dando así cumplimiento a lo establecido en la Resolución de 28 de octubre de 2010 y poniendo fin a la infracción declarada en la Resolución de 29 de julio de 2011.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que debe determinar el importe de la multa debe ser el 0,2% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 1.675.600 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de enero de 2013 (Recurso 474/2011), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (recurso 721/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2011 (Expte. SNC/0012/11, TELECINCO), la multa de **1.675.600 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.