

A LA DIRECCION GENERAL DE MERCADOS COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

Mario Rodríguez Valderas, actuando en nombre y representación de “MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.”, con domicilio en Madrid, Carretera de Fuencarral a Alcobendas, nº 4 y C.I.F. A-79045438, ante esa Dirección comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que, con fecha 15 de abril de 2013, hemos recibido de esa Dirección un escrito, de fecha 11 de abril precedente, mediante el cual, a la vista de los informes financieros anuales individuales y consolidados del ejercicio 2012 presentados por mi representada, se le requiere para que de respuesta a diversas cuestiones.

Mediante el presente escrito procedo, en tiempo y forma, a evacuar e traslado conferido, formulando a tal fin las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- En relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 8 de enero de 2013 (Nota 16 de la memoria consolidada): Motivos por los cuales, teniendo en cuenta la Resolución de la CNC y la Sentencia de la Audiencia Nacional, no se ha reconocido una provisión por el importe correspondiente de acuerdo con los establecido en la NIC 37.

1. La Nota 16 de la Memoria Consolidada dice lo siguiente en relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 8 de enero de 2013 (Procedimiento Ordinario 474/2011):

“Con fecha 2 de agosto de 2011 la Comisión Nacional de Competencia (CNC) dictó Resolución en el expediente SNC/0012/11 (Concentración Telecinco-Cuatro) declarando a Mediaset España responsable de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia por no haber presentado el Plan de Actuaciones (el desarrollo de los Compromisos adquiridos con la CNC) dentro del plazo otorgado, y le sancionó con una multa de 3.600.000 euros.

Dicha Resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional que, en el seno del Procedimiento Ordinario tramitado bajo el número 474/2011, ha dictado la Sentencia de fecha 8 de enero de 2013, desestimado el recurso interpuesto, ratificando la sanción.

Dicha Sentencia ha sido objeto de Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, donde la Compañía tiene fundadas expectativas de conseguir un pronunciamiento favorable para sus intereses que case la Sentencia recurrida y, en definitiva, anule o reduzca drásticamente la sanción recurrida.

Los principales motivos de crítica a la Sentencia impugnada y, en definitiva, de la Resolución de la CNC que impone la sanción son, de forma sumaria, los siguientes:

- a) *Que no existe la infracción imputada en cuanto que la Plan de Actuaciones, tal como consta acreditado, fue presentado dentro del plazo expresamente requerido por parte de la CNC.*
- b) *Aun cuando se admitiese la presentación tardía, ésta no ha sido superior a un mes, lo cual no ha perjudicado en nada el cumplimiento por parte del Grupo de los Compromisos previamente asumidos con la CNC, de los que el Plan de Actuación no debería ser más que un mero desarrollo, ni se ha perjudicado ningún tipo de interés general o particular subyacente.*
- c) *Siendo así, se trataría, no de un incumplimiento material, sino meramente formal de un mero acto de trámite, por lo que no cabe sostener que se ha incumplido la Ley de Defensa de la Competencia, por ser de aplicación la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992).*
- d) *No cabe, por lo tanto, aplicar el régimen sancionador previsto en la Ley de Defensa de la Competencia: el incumplimiento de un mero trámite no puede ser calificado como una infracción muy grave en materia concurrencial, ni consecuentemente puede ser sancionado con una multa de 3.660.000 euros, carente de la más mínima proporcionalidad.*
- e) *Por último, la Sanción impuesta viola frontalmente el principio de interdicción de la “reformatio in peius” (ex arts. 89.2 y 113.3 de la Ley 30/1992), pues la CNC sólo decidió incoar el expediente sancionador a MEDIASET ESPAÑA una vez que ésta decidió recurrir el Plan de Actuaciones aprobado por la CNC y no en el momento de apreciarse la presunta infracción.*
- f) *Por todo ello, el Estado de Situación Financiera Consolidado adjunto no incluye provisión alguna en relación con esta contingencia, al estimar los Administradores y sus asesores que no es probable el riesgo de que se materialice finalmente este pasivo”.*

Aunque bajo nuestro punto de vista, las explicaciones incorporadas en la Memoria, recién reproducidas, son suficientemente ilustrativas del origen y estado del contencioso mantenido contra la CNC respecto a la presentación del Plan de Actuaciones, merece la pena entrar en el detalle de cada uno de los apartados anteriores a efectos clarificadores.

2. La controversia viene motivada por lo que consideramos una actuación arbitraria, en cuanto contraria a los principios más elementales que deben regir la actividad administrativa (confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, legalidad).

Los Compromisos asumidos por mi mandante en el seno de la operación de concentración Telecinco-Cuatro fueron aprobados mediante Resolución de la CNC de 28 de octubre de 2010. Tales Compromisos debían ser ejecutables desde el momento en que se culminase dicha operación de concentración, esto es, desde el día 24 de diciembre de 2010; fecha en la que la

Junta General Extraordinaria de Accionistas de MEDIASET ESPAÑA aprobó la ejecución de la citada operación.

Dichos Compromisos, absolutamente concretos y diáfanos en cuanto a su alcance y contenido, fueron cumplidos por mi representada desde el momento en que se verificó la operación de concentración; sin que a ello perjudicase el hecho de que se hubiera aprobado el Plan de Actuación que, en esencia, constituye un mero desarrollo de los meritados Compromisos.

Una vez advertido por la Dirección de Investigación el supuesto incumplimiento de la obligación de presentación del Plan de Actuación, dicha Dirección sólo podría haber actuado de la siguiente forma: (i) elaborar el informe de vigilancia previsto en el artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia; (ii) remitir dicho informe al Consejo de la CNC para que éste, en el marco de sus competencias, declarase el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones; y (iii) declarado el incumplimiento por el Consejo de la CNC, imponer éste la multa coercitiva correspondiente (art. 42.5 Reglamento de Defensa de la Competencia en relación con el art. 21), fijando su cuantía total en función del número de días de retraso y concediendo un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación (pudiéndose, al mismo tiempo, iniciar el correspondiente expediente sancionador).

Pues bien, no sucedió nada de esto. Lo que la Dirección de Investigación decidió en su día fue requerir a mi representada para que, en el plazo de 10 días, aportase el Plan de Actuaciones. Dicho requerimiento se basaba en el artículo 39.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (relativo a la aportación de datos e informaciones en el marco del deber de colaboración; –no a lo dispuesto en el marco del procedimiento de vigilancia y control-). Se señalaba expresamente en dicho requerimiento, que la no contestación del mismo –y no la no presentación en plazo del Plan de Actuaciones- podría suponer una infracción muy grave.

Ante dicho requerimiento, mi representada cumplió, en los plazos tasados, con todas las obligaciones de aportación de información acordadas en la CNC. De hecho –tras una primera prórroga del plazo- se presentó la propuesta del Plan de Actuaciones el 11 de enero de 2011, sin demora alguna (recuérdese que la consumación de la concentración se produjo el 24 de diciembre de 2010).

Lo anterior generó una cierta y más que relevante confianza legítima en mi representada derivada de los actos propios de una Administración que, una vez advertido el supuesto incumplimiento, debería haber promovido en todos sus trámites el procedimiento de control y vigilancia establecido (como antes se ha indicado), y no requerir a mi mandante para que subsanase la presentación del Plan de Actuaciones en el nuevo plazo conferido, –y luego prorrogado por la propia CNC a instancia nuestra -, sin advertirle de que ya habría incurrido en una infracción muy grave y sin imponer multa coercitiva alguna para el debido cumplimiento.

Posteriormente, y sólo cuando mi mandante decidió impugnar el Plan de Actuación que le impuso unilateralmente la CNC, fue cuando la Dirección de Investigación decidió dar cuenta al Consejo de la CNC de la presunta presentación tardía de dicho Plan de Actuación, y

cuando, tras los oportunos trámites, el Consejo acordó imponer la sanción a mi mandante por importe de 3'6 millones de euros; absolutamente desproporcionada.

3. La Sentencia dictada por la Audiencia Nacional prescinde de valorar los anteriores hechos y razonamientos y lo hace con una brevedad pasmosa (un folio), entendiendo, en esencia, que el hecho del incumplimiento del plazo establecido es un elemento objetivo del tipo de la infracción sancionada y que la presentación tardía del Plan de Actuaciones responde al requerimiento posterior de la Dirección de Investigación; sin que dicho requerimiento ni el plazo concedido para evacuarlo, puedan ser considerados como prórroga del plazo inicialmente concedido o como medio para subsanar el incumplimiento constatado. Finalmente considera ajustada a derecho la sanción impuesta, que asciende al 1% del volumen de negocios total de la sociedad adquirida (CUATRO).

4. La Sentencia de la Audiencia Nacional abre numerosos y profundos flancos para la crítica. Concretamente, el Recurso de Casación (que ya ha sido oportunamente preparado frente a la misma) se fundamentará en los motivos que a continuación se destacan:

4.1 La infracción del artículo 76 (apartados 2 y 3) de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia que los interpreta, al considerar la Sentencia que no resultan aplicables al presente caso y que el incumplimiento del plazo no quedó "sanado" por la posterior presentación del Plan de Actuación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011, entre otras, incide en la aplicación de dichos preceptos de la Ley 30/1992 a todas las Administraciones Públicas, sin que quepa aceptar la tesis mantenida por la Sentencia de la Audiencia Nacional, en este caso, de que no resultarían aplicables las normas administrativas sobre el cumplimiento de los trámites, al tratarse de un "procedimiento específico" de una Ley especial. Se ha prescindido de considerar que fue la propia CNC la que requirió a mi mandante para que "subsanasen" con posterioridad su Plan de Actuaciones, lo que se verificó conforme a los plazos establecidos. Buena prueba de que sí resultaban aplicables las previsiones del art. 76 de la Ley 30/1992.

4.2 La infracción de los principios de legalidad, seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE y 3.1 de la Ley 30/1992), pues la discrecionalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora no alcanza a la posibilidad de manejarla con criterios absolutos de oportunidad, como llega a considerar la Sentencia de la Audiencia Nacional, de modo que no se incoe ningún expediente cuando se ha producido el supuesto incumplimiento de presentar el Plan de Actuaciones en el plazo establecido, y sólo se acuerde su iniciación cuando ya se habían adoptado las medidas para su cumplimentación. La potestad sancionadora, como cualquier otra potestad administrativa, está sometida al principio de legalidad, que no permite a los órganos competentes actuar o no actuar, a la vista de hechos que conocía desde el 11 de diciembre de 2010. Pues, una de dos: o los hechos no eran entonces constitutivos de infracción, o la CNC desatendió gravemente sus competencias convirtiendo en una cuestión de oportunidad lo que no era sino una cuestión de estricta legalidad.

4.3 Infracción de los artículos 25 de la Constitución y 129 y siguientes de la Ley 30/1992: la ausencia de culpabilidad en la actuación de mi representada. La buena fe y el error de

prohibición, impiden la imposición de las sanciones administrativas.

La Constitución y la doctrina de nuestros tribunales rechazan rotundamente la responsabilidad objetiva basada en la “simple inobservancia”, como resuelve la Sentencia de la Audiencia Nacional que se recurre. Al contrario, la especial naturaleza del Derecho sancionador determina la imposibilidad de imponer sanciones de forma automática, sin tener en cuenta la voluntad del sujeto actor, o los errores que hayan podido determinar el incumplimiento de una obligación legal.

- 4.4 La Infracción de los artículos 89.2 y 113.3 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia sobre la “*reformativo in peius*”. En efecto, está consolidado en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional que la “*reformatio in peius*” tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución jurídica impugnada.

En nuestro caso, el empeoramiento objetivo se ha producido desde el momento en que, al recurrir mi representada el Plan de Actuaciones aprobado por la CNC, ésta decidió “*a posteriori*” incoar y resolver un expediente sancionador por la supuesta presentación fuera de plazo del Plan de Actuaciones.

- 4.5 Infracción del artículo 131 de la Ley 30/1992 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la multa de 3.600.000 €

La Administración tiene potestad discrecional para la graduación de la sanción, pero esta potestad es susceptible de revisión jurisdiccional, para acomodar la sanción al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

La Sentencia de la Audiencia Nacional no ha efectuado ese balance. Es evidente que la sanción impuesta es excesiva y desproporcionada: la razonabilidad de la interpretación mantenida por mi representada, su ausencia de culpabilidad, unida a los principios de buena fe y confianza legítima, debería determinar una clara minoración de su importe. No se olvide que desde la ejecución de la operación de concentración hasta la primera presentación del Plan de Actuación habrían pasado, escasamente, dos semanas, las que transcurrieron entre el 24 de diciembre de 2010 y el 11 de enero de 2011; que en todo caso los Compromisos fueron cumplidos por mi mandante; y que, en fin, el Plan de Actuación no es sino un desarrollo instrumental de tales Compromisos.

- 4.6 La infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE, 248 LOPJ y 209 LEC, por ausencia de motivación de la Sentencia, cuando ésta se limita a afirmar, sin mayor motivación, “*que la CNC no ha actuado contra sus propios actos, pues se ha atendido en todo momento al contenido de la resolución de concentración*” (FJ 5º).
- 4.7 La infracción del artículo 24.1 CE al vulnerar el derecho a tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución de fondo congruente con la causa de pedir,

con prohibición de indefensión derivada de una incongruencia omisiva de una Sentencia que omite todo razonamiento jurídico sobre la ausencia de culpabilidad de mi mandante, que cumplió con la presentación del Plan en la forma requerida por la Dirección de Investigación, que colaboró en todo momento con la Administración y que cumplió con las obligaciones asumidas en la concentración desde el primer momento.

Como ya se anticipaba, son numerosos y graves los defectos que, a nuestro juicio, presenta la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, por lo que resulta lógico confiar en un pronunciamiento favorable del Tribunal Supremo a resultas del Recurso de Casación que ya ha sido preparado frente a la citada Sentencia.

Segunda.- En relación con la Resolución del Consejo de la CNC de 6 de febrero de 2013, por la que se declara que Mediaset incumplió determinados compromisos y obligaciones establecidas en el expediente de concentración Telecinco-Cuatro y acuerda imponerle una sanción por importe de 15'6 millones de €: Motivos por los cuales, teniendo en cuenta la Resolución de la CNC, no se ha reconocido una provisión por el importe correspondiente de acuerdo con lo establecido en la NIC 37. Actualización, a la fecha de contestación del requerimiento efectuado por la CNMV, del estado del recurso que la entidad tiene previsto presentar ante la Audiencia Nacional y, en su caso, principales aspectos puestos de manifiesto en el mismo.

La Nota 16 de la Memoria Consolidada dice lo siguiente en relación con la Resolución de la CNC de 6 de febrero de 2013:

“Con fecha 6 de febrero de 2013 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”) dictó resolución en el expediente SNC/0024/12 Mediaset (la “Resolución”), en la que declaró que Mediaset España Comunicación, S.A. (“Mediaset España”) incumplió determinados compromisos y obligaciones establecidas en el expediente de concentración C-0230/09 Telecinco/Cuatro y acordó imponerle en consecuencia una sanción por importe de 15.600.000 euros.

En concreto, según la Resolución, Mediaset España habría incumplido lo establecido en cuatro de los doce compromisos en base a los cuales se autorizó la operación Telecinco/Cuatro (los compromisos (ii), (iii), (vi) y (xii)), así como diversas obligaciones de información a la CNC relacionadas con los compromisos.

Los compromisos establecieron ciertas restricciones a Mediaset España a fin de neutralizar o compensar, a juicio de la CNC, los problemas de competencia que podían derivarse de la operación. Específicamente:

- *En comercialización de la publicidad televisiva, Mediaset España se comprometió a no comercializar conjuntamente la publicidad de Cuatro y Telecinco o grupos de canales cuya audiencia conjunta superase el 22%. Específicamente, el compromiso (ii) impidió vincular formalmente o de facto la venta de espacios publicitarios de Telecinco y Cuatro. Por otra parte, el compromiso (iii) estableció, entre otros aspectos, una obligación de separación funcional entre*

Publimedia y Publiespaña para la gestión de la publicidad en televisión de pago y abierto, respectivamente.

- *Se impusieron límites a la adquisición de contenidos audiovisuales de terceros. En virtud del compromiso (vi), se limitaron los contratos en exclusiva a tres años de duración (con carácter general) y a no incluir mecanismos de renovación automática o similares, y con el compromiso (xii) se impidieron derechos en exclusiva o primera opción sobre la totalidad de la producción de productoras nacionales de contenidos.*

Los compromisos fueron posteriormente desarrollados de forma unilateral en un plan de actuaciones impuesto por la CNC (el “Plan de Actuaciones”), el cual estableció también determinadas obligaciones de información a dicha autoridad para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos.

El Plan de Actuaciones realizó una interpretación exorbitante de los compromisos, hasta el punto de modificar sustancialmente su contenido, con el resultado de que se endurecieron significativamente los compromisos asumidos por Mediaset España, tanto en materia publicitaria como en adquisición de contenidos (por ejemplo, se impuso que el límite de duración de los contratos de adquisición de contenidos se debía computar desde la firma de estos y no desde el inicio de derechos), por lo que fue impugnado judicialmente y se encuentra a día de hoy pendiente de sentencia.

Sin embargo, Mediaset España no ha incumplido ninguno de los compromisos que asumió frente a la CNC.

- *En relación con el compromiso (ii), los hechos demuestran que no ha habido ningún aprovechamiento de Mediaset España tras la fusión: en 2011, Mediaset España redujo tanto su cuota de mercado publicitario, como el precio medio de la publicidad comercializada, y ello a pesar de mantener e, incluso, incrementar su cuota de audiencia. Por otro lado, los informes encomendados a asesores externos concluyen que la actuación de Publiespaña no ha incumplido los compromisos ni la normativa de competencia.*
- *En relación con el compromiso (iii), Mediaset España fue diligente en la eliminación de duplicidades de cargos entre Publimedia y Publiespaña y no se ha acreditado mínimamente el incumplimiento de la obligación de garantizar la independencia funcional o comercial de ambas sociedades.*
- *En relación con el compromiso (vi), se imputa a Mediaset España un retraso en el otorgamiento a proveedores de derechos de reducción de contratos y en la renuncia a derechos de prórroga o adquisición preferente, que nunca existió teniendo en cuenta los plazos establecidos al efecto y los periodos de suspensión legales como consecuencia de recursos legítimamente interpuestos por Mediaset. Por otra parte, no habría habido en cualquier caso efecto alguno en el mercado pues ningún proveedor ejerció ninguno de los derechos concedidos.*

- *En relación con el compromiso (xii), Mediaset España procedió a la renuncia a todos los derechos de opción contenidos en los contratos con productoras a los que debía renunciar y cumplió con sus obligaciones en virtud del mencionado compromiso, por lo que no incumplió nada de lo dispuesto en el mismo.*

Por otra parte, Mediaset España aportó información conforme al Plan de Actuaciones, respondió a requerimientos de la CNC y realizó las actuaciones que en cada momento correspondía aportar y realizar. En cualquier caso, ninguno de los supuestos retrasos o deficiencias en la entrega de información pudieron suponer un incumplimiento material de lo establecido en los compromisos.

Por lo expuesto, Mediaset España va a recurrir en tiempo y forma la Resolución ante la Audiencia Nacional y pedir oportunamente la suspensión del pago de la sanción, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por tanto, al igual que en el caso del expediente descrito anteriormente, el Estado de Situación Financiera Consolidado adjunto no incluye provisión alguna en relación con esta contingencia, al estimar los Administradores y sus asesores que no es probable el riesgo de que se materialice finalmente este pasivo”.

Al igual que en el supuesto anterior, consideramos que las precedentes explicaciones dan suficiente cuenta de las razones por las cuales mi mandante ha decidido no provisionar ninguna cantidad en relación con la sanción impuesta por la CNC, que reputamos injustificada y exorbitante.

Hay que reseñar, no obstante, que mi mandante ya ha interpuesto el correspondiente Recurso Contencioso-Administrativo ante la Resolución del Consejo de la CNC de fecha 6 de febrero de 2013, estando a la espera de que le den traslado del expediente administrativo y se le emplace para formalizar la demanda. En el escrito de interposición mi representada ha solicitado la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada; suspensión en la que cabe confiar razonablemente, dado que dicha suspensión fue acordada por la propia Audiencia Nacional en el seno del Procedimiento Contencioso-Administrativo al que nos hemos referido en el anterior punto primero.

En todo caso, informaremos cumplidamente de la evolución del Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto según vaya desarrollándose el procedimiento.

Por lo expuesto,

SOLICITO que tenga por presentado este escrito, y admitiéndolo, se sirva tener por debidamente cumplimentado el requerimiento de fecha 11 de abril de 2013. Con lo demás que, en Derecho, proceda.

Es de Justicia que pido en Madrid, a 29 de abril de 2013.