



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
Reg Of:3226 / RG 3226
26/04/2012 11:30:51

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID
PO530 OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

645/12

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0004721
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000333 /2009 M**
Recurrente: ABERTIS TELECOM, S.A.U

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización.

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de ABERTIS TELECOM, S.A.U , adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por doña Mercedes Caro Bonilla.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a dieciséis de Abril de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VÍCTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000333/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 04135/2009
Demandante: ABERTIS TELECOM SAU
Procurador: D^a MERCEDES CARO BONILL
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: RED DE BANDA ANCHA ANDALUCIA S.A.
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a quince de febrero de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Abertis Telecom SAU**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Mercedes Caro Bonilla, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2009**, relativa sanción, siendo **Codemandada** Red de Banda Ancha Andalucía S.A. y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por promovido Abertis Telecom SAU, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Mercedes Caro Bonilla, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2009, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción o, subsidiariamente su reducción.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día catorce de febrero de dos mil doce.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2009, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 22.658.863 Euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 6 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO: La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva:

“PRIMERO.- Que no se ha producido la caducidad del expediente sancionador, ni la nulidad de las actuaciones invocada por ABERTIS TELECOM SAU, así como rechazar la práctica de la prueba solicitada por ABERTIS, como diligencia para mejor proveer, en su escrito de 3 de diciembre de 2008 y en la Vista del expediente.

SEGUNDO.- Declarar la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de ABERTIS TELECOM SAU, consistente en abusar de su posición de dominio exigiendo, sin justificación objetiva, cuantiosas

penalizaciones a sus clientes (SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, NET TV y VEO TV) en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006, y establecer una excesiva duración de los contratos con VEO TV en 2006 y con SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en 2008, con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.

TERCERO.- Declarar la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de ABERTIS TELECOM SAU, consistente en abusar de su posición de dominio ofreciendo en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.

CUARTO.- Imponer a ABERTIS TELECOM SAU como autora de las conductas sancionadas la multa de 22.658.863 Euros.

QUINTO.- Intimar ABERTIS TELECOM SAU para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

SEXTO.- Imponer a ABERTIS TELECOM SAU en el marco de los contratos celebrados con VEO TV el 13 de marzo de 2006, con NET TV el 23 de enero de 2008, con TELECINCO el 24 de enero de 2008 y con SOGECABLE el 7 de marzo de 2008, para la prestación del servicio portador de la señal de sus programas de TDT de ámbito nacional, el deber de reconocer a cada uno de estos operadores de televisión el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato. Este derecho podrá ser ejercitado por el operador de televisión, mediante el preaviso que se pacte y, en defecto de pacto, con tres meses de antelación, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, tanto para resolverlo por completo o para la totalidad del territorio nacional, como para resolverlo de forma parcial o para una o varias de las placas regionales.

SÉPTIMO.- Ordenar a ABERTIS TELECOM SAU la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de esta Resolución en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.”

TERCERO: Los hechos declarados probados por la Resolución impugnada en lo que esencialmente interesa, y que, tras el análisis de lo actuado, la Sala acepta como tales, pueden concretizarse en la siguiente afirmación de la Resolución impugnada:

“1. ABERTIS TELECOM SAU filial al 100% de ABERTIS es una compañía integrada por sus filiales al 100% RETEVISION I S.A. y “Difusió Digital Societat de Telecomunicacions SA” (Tradia). Es propietaria de 3.217 emplazamientos en España, para el transporte y difusión de señales de TV y radio, instalaciones constitutivas de una red de telecomunicaciones con cobertura nacional y operador habilitado prestatario del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual.

ABERTIS es el primer grupo de infraestructuras de transporte y comunicaciones de Europa y líder en España en la gestión de infraestructuras. Con capitalización bursátil de 12.331 millones de euros, a cierre de 2005 y 11.000 empleados, el grupo ABERTIS está formado por más de 60 empresas que operan en los sectores de

autopistas, infraestructuras de telecomunicación, aeropuertos, aparcamientos y desarrollo de plataformas logísticas...

Los contratos firmados por ABERTIS en 2006 con SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, VEO y NET contienen cláusulas de penalización, que no se recogerán en los contratos de 2008 (con SOGECABLE, TELECINCO Y NET TV) ni en los previamente celebrados. Además, la duración de los contratos oscilaría entre más de 4 años y los 10 años del contrato de VEO.

A continuación, se realiza una descripción de los contratos firmados por ABERTIS, agrupados por clientes:

3.1. SOGECABLE tenía firmado un contrato con RETEVISION I para la prestación del servicio portador de distribución y difusión analógica y digital para el programa del que era concesionaria a fecha 1 de febrero de 2001 (f. 2782 DI).

Este contrato preveía una duración de 5 años (hasta el 3/04/05) para el servicio portador de la señal de televisión analógica, y de 7 años (3/04/07) para el de la digital terrenal (TDT). No se pacta en él penalización alguna por rescisión anticipada del contrato (f. 2788 DI).

El 30 de marzo de 2006 SOGECABLE y RETEVISION I firman dos nuevos contratos que sustituyen al de 1 de febrero de 2001.

Uno de esos contratos (f. 2250 DI) se refiere al servicio para los dos nuevos canales digitales que se adjudicaron a SOGECABLE por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 y para el canal digital que ya tenía; es decir, para los tres canales digitales de SOGECABLE en el canal 67, que comparte con LA SEXTA. La duración prevista del contrato es de cinco años (desde el 30/11/05 hasta el 3/4/10). En caso de resolución anticipada, SOGECABLE deberá comunicarlo de forma fehaciente a RETEVISION I, con un mínimo de [CONFIDENCIAL] antelación a la fecha de efectos de la resolución, y deberá pagar una penalización en función del momento en que vaya a producirse la resolución, la cual deberá de abonarse 15 días antes de la fecha en que tenga efectos la resolución del contrato... El otro contrato (f. 2283 DI) se refiere al servicio portador del canal analógico de televisión de cobertura estatal, cuya duración prevista es de cinco años (hasta el 3/04/10). Tampoco prevé penalizaciones por resolución anticipada.

El 24 de enero de 2007 SOGECABLE firma un contrato con AXION para la ampliación de cobertura del 80% al 85% de la población, modificado el 27 de julio de 2007, sujeto a la condición (f. 3837 DI –cláusula 3ª– y f. 4935 DI) de llegar a un acuerdo con el otro operador del múltiplex, LA SEXTA. Finalmente, el servicio se presta sujeto al resultado del concurso para la selección de un único operador para la totalidad de la cobertura. En el acto de la Vista, AXION manifestó que prestó este servicio entre agosto de 2007 a febrero/marzo de 2008.

El 23 de octubre de 2007 SOGECABLE (f. 5078 DI) comunica a ABERTIS la apertura de un proceso de adjudicación del contrato de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de sus canales de TDT, anexando el Contrato de Prestación de Servicios, el Borrador de Acuerdo de Nivel de Servicio y Cuadro de Precios. En el caso de que un operador distinto de ABERTIS hubiera resultado adjudicatario del contrato, SOGECABLE hubiera tenido que hacer frente a las penalizaciones recogidas en el anterior contrato.

Con fecha 7 de marzo de 2008 (f. 5638 ss DI) se firma el nuevo contrato que incluye el transporte, la multiplexación y la difusión de la señal de televisión. El contrato tiene una duración de 8 años y 9 meses (desde el 1 de abril de 2008 al 31 de diciembre de 2016), prorrogable hasta el 3 de abril de 2020 a petición de SOGECABLE. En este caso, el contrato finalmente firmado no contempla

(formalmente) la existencia de penalizaciones por resolución anticipada unilateral, que sí recogía la propuesta de contrato de SOGECABLE (f. 5113 DI). El contrato solo recoge la posibilidad de resolución anticipada por incumplimiento.

Sin embargo, en el contrato se recogen las siguientes modificaciones de la tarifa:

- Descuento del [CONFIDENCIAL] del total facturado "...en atención a la vigencia contractual pactada inicialmente." (cláusula 4.4)

- Reducción de la tarifa [CONFIDENCIAL] durante 24 meses (entre abril de 2008 y marzo de 2010) en concepto de "...colaborar a la implantación de la TDT", que tendrá que abonar a ABERTIS si SOGECABLE resuelve sin causa el contrato, y con independencia de las indemnizaciones que proceda.

(cláusula 13.1)

- Reducciones de tarifa si se reduce el número de centros emisores o si ABERTIS ofrece mejores condiciones a otro operador de televisión. (cláusulas 13.2 y 13.3)

3.2. TELECINCO tenía firmado un contrato con RETEVISION I para la prestación del servicio portador de distribución y difusión analógica y digital para el programa del que era concesionaria a fecha 1 de febrero de 2001 (f. 2849 DI). Este contrato preveía una duración de 5 años para el servicio portador soporte del servicio de televisión analógica, y de 7 años para el servicio portador soporte del servicio de TDT. No se pacta en él penalización alguna por rescisión anticipada del contrato.

El 11 de abril de 2006 TELECINCO y RETEVISION I firman dos nuevos contratos, que sustituyen al de 1 de febrero de 2001. Un contrato (f. 2512 DI) se refiere al servicio para los tres canales digitales de TELECINCO (el que ya tenía y dos nuevos que se le adjudicaron por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25/11/2005) en el canal 68, que comparte con NET TV. La duración prevista del contrato es de cinco años (desde el 30/11/2005 hasta el 3/4/2010). El contrato puede ser resuelto anticipadamente por TELECINCO transcurrido el [CONFIDENCIAL] de contrato, previa comunicación fehaciente a RETEVISION I, con un mínimo de [CONFIDENCIAL] meses de antelación y abono de una penalización por importe de las cantidades que a continuación se indican, en función del momento en que vaya a producirse la resolución... El otro contrato (f. 2543 DI) se refiere al servicio portador soporte del servicio de difusión del canal analógico de televisión de cobertura estatal, cuya duración prevista es de cinco años. No prevé penalizaciones por resolución anticipada.

El 24 de enero de 2007 TELECINCO firma un contrato con AXION para la ampliación de cobertura del 80% al 85% de la población, modificado el 27 de julio de 2007, sujeto a la condición (f. 3837 DI –cláusula 3ª– y f. 4935 DI) de llegar a un acuerdo con el otro operador del múltiplex, NET TV. Finalmente, el servicio se presta sujeto al resultado del concurso para la selección de un único operador para la totalidad de la cobertura. En el acto de la Vista, AXION manifestó que prestó este servicio entre agosto de 2007 a febrero/marzo de 2008.

El 23 de octubre de 2007 TELECINCO comunica a ABERTIS la apertura de un proceso de adjudicación del contrato de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de sus canales de TDT, anexando el Contrato de Prestación de Servicios, el Borrador de Acuerdo de Nivel de Servicio y Cuadro de Precios (f. 5138 ss. DI). En este proceso, el contrato es finalmente adjudicado a ABERTIS. En el caso de que un operador distinto de ABERTIS hubiera resultado adjudicatario del contrato, TELECINCO hubiera tenido que hacer frente a las penalizaciones recogidas en el anterior contrato.

Con fecha 24 de enero de 2008 se firma el nuevo contrato que incluye el transporte, la multiplexación y la difusión de la señal de televisión. El contrato tiene una duración de 8 años y 9 meses (desde el 1 de abril de 2008 al 31 de diciembre de 2016), prorrogable hasta el 3 de abril de 2020 a petición de TELECINCO. En este caso, el contrato finalmente firmado no contempla (formalmente) la existencia de penalizaciones por resolución anticipada unilateral, que sí recogía la propuesta de contrato de TELECINCO (f. 5173DI). El contrato solo recoge la posibilidad de resolución anticipada por incumplimiento.

No obstante, en el contrato, se recogen las siguientes modificaciones de la tarifa:

- Descuento del [CONFIDENCIAL] total facturado "...en atención a la vigencia contractual pactada inicialmente." (cláusula 4.4)
- Reducción de la tarifa [CONFIDENCIAL] durante 24 meses (entre abril de 2008 y marzo de 2010) en concepto de "...colaborar a la implantación de la TDT", que tendrá que abonar a ABERTIS si SOGECABLE resuelve sin causa el contrato, y con independencia de las indemnizaciones que proceda. (cláusula 13.1)
- Reducciones de tarifa si se reduce el número de centros emisores o si ABERTIS ofrece mejores condiciones a otro operador de televisión. (cláusulas 13.2 y 13.3)

3.3. ANTENA 3 tenía firmado un contrato con RETEVISION I para la prestación del servicio portador de distribución y difusión analógica y digital para el programa de que era concesionaria a fecha 1 de febrero de 2001 (f. 2916 DI).

Este contrato preveía una duración de 5 años para el servicio portador soporte del servicio de televisión analógica (desde el 3 de abril de 2000 al 3 de abril de 2005), y de 7 años (desde el 3 de abril de 2000 al 3 de abril de 2007) para el servicio portador soporte del servicio de televisión digital terrenal. No se pacta en él penalización alguna por rescisión anticipada del contrato.

El 11 de abril de 2006 ANTENA 3 y RETEVISION I firman dos nuevos contratos, que sustituyen al contrato de 1 de febrero de 2001. Un contrato (f. 1460 DI) se refiere al servicio portador soporte del servicio de distribución y difusión para los dos nuevos canales digitales adjudicados a ANTENA 3 por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25/11/2005, junto con el canal digital que ya tenía, es decir, para los tres canales digitales de ANTENA 3. La duración del contrato es de cinco años (desde el 30 de noviembre de 2005 al 3 de abril de 2010), y se reconoce a ANTENA 3 el derecho a la resolución anticipada del contrato, para lo cual deberá comunicar de forma fehaciente a RETEVISION I, con un mínimo de [CONFIDENCIAL] de antelación a la finalización de cada año de prestación del servicio, su deseo de resolver el contrato al vencimiento del correspondiente año. La resolución unilateral y anticipada del contrato conllevará la obligación de pago por ANTENA 3 de una penalización por el importe de las cantidades que a continuación se indican, en función del momento en que vaya a producirse la resolución.

El otro contrato se refiere al servicio portador soporte del servicio de difusión del canal analógico (f. 1409 DI) de televisión de cobertura estatal, cuya duración prevista es de cinco años (del 3 de abril de 2005 al 3 de abril de 2010). No prevé penalizaciones por resolución anticipada.

3.4. NET TV y RETEVISION I firmaron el 6/11/2003 un contrato para la prestación, por 10 años, del servicio portador soporte del servicio de difusión de un canal digital de televisión adjudicado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000 (f. 2744 DI). El contrato preveía la resolución anticipada transcurrido el [CONFIDENCIAL] de prestación del servicio, previa comunicación

fehaciente a RETEVISION, con un mínimo de [CONFIDENCIAL] meses de antelación y el abono de una penalización de acuerdo con el esquema siguiente:...

El 24 de enero de 2006 Net TV y RETEVISION I firman dos nuevos contratos, uno que sustituye al anterior y otro nuevo para el segundo canal digital adjudicado a NET TV por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005. Ambos contratos eran para la cobertura del 80% de la población.

Un contrato (f. 1222 DI) sustituye al firmado el 6 de noviembre de 2003, y en él se contrata la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión digital de su programa en el canal 66. Su duración es de 5 años. En este contrato NET TV, transcurrido el [CONFIDENCIAL] de prestación del servicio, tiene derecho a la resolución unilateral y anticipada del contrato aunque sujeta a penalizaciones... Con el otro contrato (f. 1258 DI), NET TV contrata la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión digital para su programa adicional en el canal 68 que le fue adjudicado el 25 de noviembre de 2005. La duración del contrato es desde el 30 de noviembre de 2005 hasta el 3 de abril de 2010 (5 años). Transcurrido el [CONFIDENCIAL] de prestación del servicio portador soporte del servicio de televisión digital terrestre, NET TV también tiene derecho a la resolución unilateral y anticipada del contrato con el abono de penalizaciones según el mismo esquema anteriormente citado (f. 1267 DI):... El 31 de julio de 2007 NET TV firma un contrato con AXION para la ampliación de cobertura del 80% al 85% de la población. Esto es, el contrato tiene por objeto únicamente un 5% de cobertura adicional al 80% que ya tenía contratada con ABERTIS desde 2006, alcanzando así NET el 85% de cobertura de la población nacional que exigía el PTNTDT. El contrato condiciona su ampliación a coberturas adicionales hasta el 93% así como a la cobertura principal del 80% contratada con ABERTIS, al resultado del concurso que NET ya anunciaba en tal contrato (cláusulas 1ª -f. 4940 DI- y 15.2ª -f. 4952 DI-), todo ello con fecha anterior a 31 de diciembre de 2007. En el acto de la Vista, AXION manifestó que prestó este servicio entre agosto de 2007 a febrero/marzo de 2008.

El 23 de octubre de 2007 NET TV (f. 5198 DI) comunica a ABERTIS la apertura de un proceso de adjudicación del contrato de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de su programa en el canal 68 (que comparte con Telecinco), anexando el Contrato de Prestación de Servicios, el Borrador de Acuerdo de Nivel de Servicio y Cuadro de Precios, e informando a ABERTIS de la existencia de un derecho de tanteo de AXION condicionado a que el precio de la oferta de este operador no superase en más de un 5% a la presentada por ABERTIS. En este proceso, el servicio finalmente es adjudicado a ABERTIS, pero en el caso de que un operador distinto (AXION) hubiera resultado adjudicatario del contrato, NET habría tenido que hacer frente a la indemnización establecida en el contrato 24 de enero de 2006 firmado con ABERTIS.

El 23 de enero de 2008 NET firma con ABERTIS dos contratos para el transporte, la multiplexación y la difusión de la señal de televisión; uno para el programa del canal 66 que comparte con RTVE y VEO TV (f. 5402 ss. DI) y otro para el programa del canal 68 que comparte con TELECINCO (f. 5518 ss. DI). Ambos contratos tienen una duración de 8 años y 9 meses (desde el 1 de abril de 2008 al 31 de diciembre de 2016), prorrogables hasta el 3 de abril de 2020 a petición de NET. En este caso, los contratos finalmente firmados no contemplan (formalmente) la existencia de penalizaciones por resolución canal 68 (f. 5236 DI). Los contratos solo recogen la posibilidad de resolución anticipada por incumplimiento de la otra parte.

No obstante, en los contratos, se recogen las siguientes modificaciones de la tarifa:

- Descuento del [CONFIDENCIAL] del total facturado "...en atención a la vigencia contractual pactada inicialmente." (cláusula 4.4)
- Reducción de la tarifa [CONFIDENCIAL] durante 24 meses (entre abril de 2008 y marzo de 2010) en concepto de "...colaborar a la implantación de la TDT", que tendrá que abonar a ABERTIS si SOGECABLE resuelve sin causa el contrato, y con independencia de las indemnizaciones que proceda. (cláusula 13.1)
- Reducciones de tarifa si se reduce el número de centros emisores o si ABERTIS ofrece mejores condiciones a otro operador de televisión. (cláusulas 13.2 y 13.3)

3.5. VEO TV y RETEVISION I firmaron el 22 de diciembre de 2003 un contrato para la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión (transporte, distribución y difusión) digital para el canal cuya concesión le fue adjudicado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000 (f. 1134 DI). La duración prevista del contrato es de 10 años a contar desde el 18 de julio de 2002. Transcurrido el [CONFIDENCIAL] de prestación del servicio portador soporte del servicio de TDT, VEO TV tendrá derecho a instar la resolución unilateral y anticipada del contrato comunicándolo de forma fehaciente a RETEVISION I, con un mínimo de [CONFIDENCIAL] meses de antelación a la finalización de cada año de prestación del servicio.

VEO TV deberá abonar a RETEVISION I, además de las correspondientes facturas mensuales, una penalización por el importe de las cantidades que a continuación se indican, en función del momento en que vaya a producirse la resolución, de acuerdo con el esquema siguiente:...

No obstante, si la causa de la resolución viniera motivada por la extinción del título habilitante para la prestación del servicio, VEO TV tendrá derecho a instar la resolución anticipada del contrato con un preaviso de [CONFIDENCIAL] meses, sin compensar a RETEVISION I, en este caso, con cantidad alguna de penalización.

El 13 de marzo de 2006 VEO TV y RETEVISION I firmaron un nuevo contrato (f. 1206 DI), que sustituye al anterior para la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión, y que incluye además los nuevos canales digitales de televisión concedidos, o que se le pudieran conceder, en virtud de la aplicación del PTNTDT y que vendrán a añadirse al canal que ya tenía contratado. Este contrato entró en vigor el 30 de noviembre de 2005 y su anticipada unilateral, que sí recogía la propuesta de contrato de NET para la vigencia está prevista hasta el 31 de diciembre de 2015 (10 años). Las partes acordaron que el contrato podría resolverse de forma anticipada en los siguientes supuestos:

En el supuesto que, en el plazo de [CONFIDENCIAL] mes, las partes no hubieran alcanzado un acuerdo respecto el nuevo precio a aplicar a la extensión de cobertura al 90% cuando el Plan de Extensión de Cobertura aprobado supusiese una variación superior al [CONFIDENCIAL] de los centros (detallados en el Anexo V), las partes podrán optar entre resolver anticipadamente el contrato o someter a arbitraje de la CMT la determinación de las condiciones económicas de la ampliación del servicio a prestar por RETEVISION I a VEO TV, y cuyo laudo las partes se obligan a aceptar. Si se optase por resolver el contrato, la parte que lo resuelva deberá abonar a la otra parte, en concepto de penalización, el importe de [CONFIDENCIAL] de servicio de cada canal contratado.

ABERTIS ofreció, en 2005, descuentos globales por la contratación conjunta del servicio en todo el territorio nacional entre el [CONFIDENCIAL] y el

[CONFIDENCIAL] sobre el total de los contratos de transporte y difusión de la señal de televisión.

A petición de sus clientes, ABERTIS ha presentado diversas ofertas (ANTENA 3, f. 1355; SOGECABLE, f. 2433, 2417 y 2447 DI) del servicio de transporte y difusión por "placas" regionales. Las ofertas se desglosan entre el servicio de distribución y transporte de la señal y el servicio de difusión propiamente dicho, que a su vez se encuentra desglosado por Comunidades Autónomas.

En estas ofertas del año 2005 se incluye también un descuento al cliente por contratar conjuntamente todo el territorio nacional, que representa un porcentaje apreciable del total obtenido sumando el precio ofertado para la difusión en cada una de las placas regionales:

- Oferta a ANTENA 3 de 10 de mayo de 2005 para una cobertura del 95% en señal analógica: descuento del [CONFIDENCIAL] sobre el precio de la difusión, lo que supone un [CONFIDENCIAL] sobre el montante total del contrato, es decir, incluyendo transporte y difusión.*

- Oferta a SOGECABLE de 27 de abril de 2005 para una cobertura del 95% en señal analógica: descuento del [CONFIDENCIAL] sobre el precio de la difusión ([CONFIDENCIAL] sobre el total del contrato).*

- Oferta a SOGECABLE de 14 de noviembre de 2005 para una cobertura del 80% en señal digital: descuento del [CONFIDENCIAL] sobre el precio de difusión ([CONFIDENCIAL] sobre el total del contrato).*

Adicionalmente, con fecha 1 de diciembre de 2005, ABERTIS remitió una oferta a SOGECABLE para 3 canales digitales con un 80% de la cobertura para todo el territorio con la excepción de Andalucía, Extremadura y Castilla – La Mancha, en la que no se incluía ningún tipo de descuento y con unas penalizaciones desde [CONFIDENCIAL] meses de servicio hasta [CONFIDENCIAL] meses.

En todas las ofertas descritas, ABERTIS manifiesta que, si bien es posible teóricamente operar con una red SFN multioperador, la coordinación sería muy complicada y daría lugar a problemas de interferencias."

CUARTO: Se alega en primer, y en los mismos términos que se hizo ante la CNC, la caducidad del expediente pues se afirma que el Consejo de la CNC incumplió el art. 39 LDC al haber admitido el 29/05/08 a trámite el expediente remitido por la DI el 13/05/08 y recibido en el Consejo al día siguiente; esto es, fuera del plazo de 5 días que establece aquel precepto legal para acordar su admisión a trámite. Asimismo alega que la DI incumplió el plazo máximo de 6 meses instrucción del expediente que señala el art. 56.1 LDC, pues admitiendo el 15/11/2007 como fecha en la que tiene entrada en la DI la Resolución del Consejo revocando el acuerdo de sobreseimiento adoptado por el SDC, aquélla debió finalizar la instrucción no más tarde del 14/05/2008, y puesto que la imputada no recibió notificación del Informe Propuesta con anterioridad a esta última fecha, ha de declararse la caducidad del expediente, pues este es el efecto que de forma expresa prescribe el propio art. 56.1 LDC para el incumplimiento del plazo de 6 meses.

El artículo 39 de la Ley 16/1989, establecía:

"El Tribunal, recibido el expediente, resolverá sobre su admisión en un plazo de cinco días, teniendo en cuenta si se han aportado al mismo los antecedentes necesarios. En otro caso, interesará del servicio la práctica de las diligencias oportunas, las cuales podrán ser complementadas con las que éste considere pertinentes."

No se establece efecto de caducidad respecto de este plazo.
El artículo 56 de la misma Ley dispone:

“Cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia devuelva un expediente por estimación de un recurso contra un acuerdo de sobreseimiento o para la práctica de las diligencias previstas en el artículo 39 de esta Ley, el Servicio de Defensa de la Competencia dispondrá de un plazo máximo de seis meses, a contar desde la notificación de la Resolución del Tribunal, para practicar la instrucción complementaria que resulte necesaria para completar el esclarecimiento de los hechos y determinar responsabilidades.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la posible ampliación del plazo de conformidad con lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cualquier caso, el plazo a que hace referencia este apartado se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley, o del planteamiento de cuestiones incidentales en que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la suspensión, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados.

Transcurrido el plazo previsto en este apartado y, en su caso, el plazo resultante de un acuerdo de ampliación, sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.”

Efectivamente, como afirma la CNC no se exige el requisito de la notificación al interesado para que la remisión produzca efecto, sin que sea de aplicación la Ley 30/1992, ya que la remisión que el propio artículo comprende a la misma no viene referido al requisito de la notificación, debiendo prevalecer por ello la norma especial contenida en la LDC. Por lo demás aceptados los argumentos de la CNC contenidos en la Resolución impugnada que viene a sostener esta misma afirmación.

QUINTO: Antes de entrar en la cuestión de fondo hemos de recordar las afirmaciones del TUE en su sentencia de 17 de febrero de 2011:

“26 Por otro lado, la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 102 TFUE no es limitativa, de modo que la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Unión (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 173 y jurisprudencia citada).

27 En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes

económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)."

Por su parte el artículo 6 de la Ley 16/1989 en su redacción por Ley 52/1999 establece: "1. a.- *Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b.- De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor. g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas."*

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "*El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...*" – hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

El tipo sancionado en el artículo 6 lo es el abuso de posición de dominio o de la situación de dependencia económica, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia o una dependencia económica y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

SEXTO: Veamos las alegaciones de la actora:

1.- Se afirma que se imputa a Abertis actos realizados por Retevisión. Pero no puede olvidarse la afirmación contenida en los hechos probados, y que resulta de lo actuado: *“ABERTIS TELECOM SAU filial al 100% de ABERTIS es una compañía integrada por sus filiales al 100% RETEVISION I S.A. y “Difusió Digital Societat de Telecomunicacions SA” (Tradia)... Los contratos firmados por ABERTIS en 2006 con SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, VEO y NET contienen cláusulas de penalización, que no se recogerán en los contratos de 2008 (con SOGECABLE, TELECINCO Y NET TV) ni en los previamente celebrados. Además, la duración de los contratos oscilaría entre más de 4 años y los 10 años del contrato de VEO.”*

No es cierto como afirma la recurrente que los hechos se le imputen porque Retevisión es su filial, sino porque al ser una filial participada al 100% por la recurrente la toma de decisión le es imputable a ella, o dicho de otro modo, existe una unidad de decisión entre ambas.

Tampoco es cierto que el Consejo se extralimite al considerar el año 2008 – aún para fijar la sanción -, pues el mismo se contempló en el pliego de cargos de 14 de abril de 2008. Por otra parte la referencia al 2008 se hace analizando los posibles efectos sobre la competencia posterior a los hechos sancionados, lo que implica una hipótesis en abstracto para valorar el efecto sobre la libre competencia de la conducta anterior – folio 70 -.

Por lo que respecta al sobreseimiento, fue revocado por el Consejo, por lo que los hechos anteriores al sobreseimiento no deben quedar excluidos, ni dicho sobreseimiento implica generar confianza legítima a efectos jurídicos, pues era una Resolución susceptible de revisión, como ocurrió y fue revocada.

La continuación de la instrucción por la DI puede incluir hechos no contemplados anteriormente al sobreseimiento, en tanto se formule el Pliego de Cargos, por tanto la inclusión ex novo de otros contratos no es jurídicamente reprochable.

En cuanto a la prueba se afirma en la Resolución:

“En efecto, en el Acuerdo de prueba, vista y confidencialidad de 14 de noviembre de 2008, en el fundamento de derecho Cuarto, el Consejo motiva la denegación de la prueba solicitada en los términos siguientes:

“1. La práctica de la prueba documental recogida en las letras a) y b) del punto 1 del AH 9º se desestima, en coincidencia con lo afirmado por la DI, por cuanto la primera de ellas, al no aportar información sobre el comportamiento de ABERTIS, no desvirtuaría las conclusiones de la DI, y la segunda (letra b) porque tales contratos ya no están vigentes y resultan irrelevantes para determinar la responsabilidad que se imputa a ABERTIS.

2. La práctica de las pruebas recogidas en los punto 2 y 3 del AH 9º se desestima por cuanto la información que se busca traer al expediente, en unos casos, no es objeto de controversia por la DI en el Informe Propuesta, y/o en otros no resulta relevante para valorar la infracción administrativa imputada a ABERTIS.”

Por lo tanto la denegación de la prueba no es arbitraria, se base en su innecesariedad. En cuanto a las partes confidenciales, los hechos imputados no derivan de la misma. Y, además, la actora ha podido proponer y practicar prueba ante esta Sala.

No se aprecia nulidad por estos motivos.

2.- Retroacción de norma no favorable. Ser afirma que se ha aplicado los criterios sobre comunicación de multas que corresponde a la Ley 15/2007, no aplicable a este supuesto, y en el que se señala el 10% del volumen de ventas como importe

básico de las multas. Ahora bien, no resulta de la lectura de la Resolución que se le haya aplicado tal criterio, y la cuestión de la graduación de la multa – que resultaría impuesta en su grado máximo lo analizaremos al estudiar la proporcionalidad.

No existe aplicación retroactiva de normas sancionadoras.

3.- Imposición retroactiva de una medida estructural. Concretamente:

“Imponer a ABERTIS TELECOM SAU en el marco de los contratos celebrados con VEO TV el 13 de marzo de 2006, con NET TV el 23 de enero de 2008, con TELECINCO el 24 de enero de 2008 y con SOGECABLE el 7 de marzo de 2008, para la prestación del servicio portador de la señal de sus programas de TDT de ámbito nacional, el deber de reconocer a cada uno de estos operadores de televisión el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato. Este derecho podrá ser ejercitado por el operador de televisión, mediante el preaviso que se pacte y, en defecto de pacto, con tres meses de antelación, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, tanto para resolverlo por completo o para la totalidad del territorio nacional, como para resolverlo de forma parcial o para una o varias de las placas regionales.”

El artículo 46 de la Ley 16/1989 dispone:

“2. Las resoluciones del Tribunal podrán contener:

La orden de cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado.

La imposición de condiciones u obligaciones determinadas.

La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.

La imposición de multas.

La calificación de práctica autorizada.

Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autoriza la presente Ley.”

No se ha aplicado la Ley 15/2007, y por lo tanto no existe aplicación retroactiva. El dispositivo transcrito encuentra su fundamento en la referencia contenida en el citado precepto a *la imposición de condiciones u obligaciones determinadas*.

SEPTIMO: Respecto a la valoración de las penalizaciones impuestas en los contrato, la Sala comparte los extensos razonamientos que sobre este particular se contiene en la Resolución impugnada:

“Afirmado, pues, conforme a lo razonado en el fundamento de derecho anterior, que las penalizaciones impuestas por ABERTIS a sus clientes por la resolución anticipada de los contratos firmados en 2006, y la excesiva duración de los contratos con VEO TV en 2006 y con NET TV, TELECINCO y SOGECABLE en 2008 tienen un evidente efecto de cierre de mercado o de exclusión de la competencia, ahora procede valorar su carácter ilegal (por constituir una conducta de abuso de posición dominante prohibida por los arts. 82 TCE y 6 LDC), lo que vendrá determinado por la existencia o la ausencia de justificación objetiva para la conducta imputada.... En este sentido, y más allá de las cuestiones de evaluación cuantitativa para determinar la existencia de una posible justificación objetiva para determinados comportamientos de ABERTIS, este Consejo considera necesario recordar (como ha hecho la DI en el PCH y en el Informe Propuesta), que el mercado de la difusión de señales de televisión es un mercado caracterizado por la existencia de muy escasas

ventanas de oportunidad para la entrada de operadores al mercado. La demanda de servicios de difusión por parte de los radiodifusores de televisión viene determinada por la oferta de nuevos recursos de espectro radioeléctrico, que permiten bien la entrada de nuevos radiodifusores (NET TV, VEO TV y LA SEXTA), o bien la ampliación del número de programas de cada radiodifusor. Así lo ha señalado de manera literal la CMT cuando analiza las barreras de entrada a este mercado: "las ventanas de oportunidad para entrar en el mercado son muy reducidas y coinciden con momentos muy precisos en los que o bien se incrementan las concesiones o bien se renuevan la existentes" (Resolución de 20 de septiembre de 2005, relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la obligación por parte de ABERTIS de suministrar acceso e interconexión a su red a AXION, p. 13)....

En relación con la proporcionalidad de las penalizaciones por resolución anticipada, alega ABERTIS diferentes cuestiones. En primer lugar, señala que las inversiones realizadas con anterioridad al año 2005, para proporcionar la cobertura del 80% en los canales 66 a 69, vinculadas a QUIERO TV pueden considerarse costes hundidos, sin que fuese factible amortizarlas con los contratos anteriores.

Sobre esta cuestión, y con carácter previo, el Consejo considera oportuno realizar las siguientes consideraciones: 1ª) En octubre de 1998 se aprueba el primer PTNTDT (RD 2169/1998), que ya contemplaba unos objetivos de cobertura del 50% en junio de 2000 y del 80% en diciembre de 2001; 2ª) En julio de 1999, TVE recibe 2 programas en digital, y las 3 televisiones privadas existentes reciben 1 programa cada una de ellas; 3ª) Los canales radioeléctricos 66 a 69 permitían 16 programas de televisión digital nacionales, 14 de los cuales fueron adjudicados en septiembre de 1999 a Onda Digital (QUIERO TV), que estuvo emitiendo programación entre noviembre de 1999 y junio de 2002; 4ª) En junio de 2002 NET TV y VEO TV comienzan a prestar servicio en 2 programas dentro de uno de dichos canales, contratando el servicio con ABERTIS hasta la actualidad. Según señala la propia CMT, estos dos operadores no tenían otra alternativa que contratar sus servicios con ABERTIS/RETEVISION (f. 2222 DI).

Por tanto, en primer lugar, es preciso resaltar nuevamente que cuando se abre la primera ventana de entrada al mercado de servicio de difusión de la TDT (1999) RETEVISION ostentaba el monopolio legal para el servicio de difusión de señales de televisión, que formalmente finalizó en abril de 2000. En segundo lugar, y en cuanto a las inversiones realizadas para alcanzar en diciembre de 2001 la cobertura del 80% en los canales 66 a 69 (inicialmente usados por QUIERO TV, NET TV y VEO TV, y en la actualidad por los radiodifusores privados), ABERTIS ha recibido entre noviembre de 1999 y junio de 2002 los ingresos provenientes del contrato que tenía suscrito con QUIERO TV para la difusión de 14 programas, y entre junio de 2002 y octubre de 2005 los ingresos provenientes de los 2 programas adjudicados respectivamente a NET TV y VEO TV. A partir de noviembre de 2005, los 16 programas dentro de los canales 66 a 69 son completamente utilizados de nuevo por los radiodifusores privados (y 1 de ellos por TVE), prestándoles ABERTIS el servicio de difusión de la señal a todos ellos. Así, pues, con independencia de la situación de la amortización contable de las inversiones realizadas por ABERTIS en los años 1999 a 2005, ABERTIS mantuvo sendos contratos durante este periodo para la difusión de señales de QUIERO TV, NET TV y VEO TV, sin que haya acreditado que los ingresos obtenidos por estos contratos hubieran sido insuficientes para recuperar la inversión realizada y los correspondientes costes operativos, o en su caso la posible cuantía pendiente de recuperación con independencia del criterio contable utilizado para la amortización de los elementos correspondientes.

El Consejo entiende que ABERTIS tampoco ha acreditado la razón que le ha obligado a realizar unas inversiones de [CONFIDENCIAL] (f. 5045 DI), para ofrecer un servicio de difusión con una cobertura idéntica y en los mismos canales 66 a 69 que ya tenía en servicio desde diciembre de 2001. Igualmente considera que tampoco acredita los criterios utilizados para imputar inversiones a los diferentes servicios prestados por ABERTIS (TV nacional, autonómica, local, radiodifusión sonora, ...), y que hacen uso conjunto de varios de los elementos objeto de inversión, en particular, la adecuación de emplazamientos (f. 5635 DI).

A pesar de ello, el Consejo aprecia que la DI ha realizado sus estimaciones asumiendo como válidas las premisas aportadas por ABERTIS en sus escritos de 24 de enero y 26 de marzo de 2008. Que la DI tampoco ha entrado a cuantificar la posible reutilización de los activos e inversiones realizados por ABERTIS en el periodo 2005-2007 para ofrecer la cobertura del 80%, a efectos de sus cálculos para establecer la cuantía y proporcionalidad de las indemnizaciones por resolución anticipada, pese a que la CMT de manera reiterada ha puesto de manifiesto la viabilidad de dicha reutilización: "No obstante, en el caso que nos ocupa, se ha de tener en cuenta que las infraestructuras que conforman la red de difusión se pueden utilizar, en la parte que supone mayores inversiones para el operador (mástiles, equipos de alimentación eléctrica, casetas, terrenos), para la prestación de otro tipo de servicios, como pueden ser servicios de comunicaciones móviles, de grupo cerrado de usuarios (trunking), de alquiler de espacio a otros operadores,

Los equipos de transmisión de la señal son específicos del servicio de difusión, aunque su coste no es significativo en comparación con la infraestructura que sí es reutilizable." (RCMT mercado 18, f. 2110 DI). Y a estos efectos resulta procedente poner de relieve que ABERTIS ha señalado que [CONFIDENCIAL], de las inversiones realizadas en 2005-2007, están, precisamente, destinados a mejoras en las infraestructuras de los emplazamientos.

Por consiguiente, el Consejo considera acertada la posición de la DI de que ABERTIS no puede pretender que los cálculos utilizados para evaluar la proporcionalidad de las indemnizaciones se realicen considerando que los activos provenientes de las inversiones de los años anteriores a 2005 son reutilizables y, por ello, han de recogerse en el importe no amortizado, y al mismo tiempo que se admita que las inversiones realizadas en el periodo 2005-2007 no son reutilizables en el futuro y, en consecuencia, que procede sean incluidas en los cálculos por el valor total de la inversión realizada. Por el contrario, la DI ha sido consecuente en sus estimaciones, asumiendo como criterio la no reutilización de los activos, al ser éste el único criterio coherente que permitía realizar unas estimaciones consistentes a partir de la limitada información facilitada por ABERTIS, a pesar de que es a esta empresa a la que le correspondía la carga de la prueba en cuanto a la justificación objetiva de su conducta (Resolución del Consejo de la CNC de 6/11/2007, Expte. R 670/07, Axion/Abertis, fd. 6º).

Compartimos igualmente la valoración de la CNC al afirmar que es posible una exclusión anticompetitiva del mercado de un competidor efectivo mediante la fidelización del cliente que se puede conseguir mediante distintas conductas. En este caso, tanto mediante la celebración de contratos de larga duración que incluyen cláusulas de penalización injustificadamente elevadas por resolución anticipada y unilateral (contratos de ABERTIS de 2006), como a través de la concesión de elevados descuentos sobre el precio pactados vinculados a una excesiva duración del contrato, los de 2008.

OCTAVO: Por último, y en relación a la proporcionalidad, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, en su segundo párrafo:

“La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a. La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b. La dimensión del mercado afectado.
- c. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e. La duración de la restricción de la competencia.
- f. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.”

Hemos de señalar que tales circunstancias son correctamente valoradas por la CNC:

- 1.- se aprecia intencionalidad y se señala que como antiguo monopolista no podía desconocer las dificultades de entrada en el mercado por un potencial entrante,
- 2.- no existe justificación por las inversiones realizadas,
- 3.- las conductas afectan a una estructura necesaria para los radiodifusores, que desarrollan un servicio público,
- 4.- que las conductas se han desarrollado por el antiguo monopolista en un mercado recién liberalizado,
- 5.- las prácticas afectan a todo el territorio nacional,
- 6.- las prácticas constituyen una estrategia de cierre del mercado.

Se aplica, a la vista de las circunstancias expuestas que se valoran como agravantes, imponer la sanción en su grado máximo, esto es el 10% de las ventas. Esta valoración es ajustada a Derecho, y se ha guardado la proporcionalidad.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por promovido **Abertis Telecom SAU**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Mercedes Caro Bonilla, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2009**, debemos declarar y

declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla y la confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

15 - 2 - 12

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.