

RESOLUCIÓN (EXPTE. 2748/06 AXION ABERTIS II)

CONSEJO

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador 2748/06 AXION ABERTIS II, iniciado en virtud de la denuncia de Red de Banda Ancha de Andalucía SA (AXION) contra Abertis Telecom S.A.U. (ABERTIS), por una supuesta conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (hasta 31 de agosto de 2007), por el artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (desde 1 de septiembre de 2007 en adelante), y por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), consistente en la oferta por parte de ABERTIS de ampliaciones de servicios con descuentos que tenían por finalidad la exclusión de AXION o cualquier otro competidor del mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1 El día 20 de mayo de 2010 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Propuesta de Resolución (PR) de la Dirección de Investigación de la CNC (DI) en el expediente sancionador 2748/06 AXION ABERTIS II, por presuntas conductas anticompetitivas que comienzan durante la vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 y continúan tras su derogación y promulgación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio. Dichas conductas serían igualmente infractoras del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea).
- 2 El presente expediente surge a raíz de los elementos conocidos por la DI en el marco de la instrucción de un expediente anterior, tal y como los Antecedentes narrados en la PR, que a continuación se citan, y que dieron lugar a la RCNC 646/08, señalan:

(1) *El 20 de diciembre de 2006 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito de denuncia de Red de Banda Ancha de Andalucía*

SA (Axion) contra Abertis Telecom S.A.U., por una supuesta conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. La conducta consistía en la oferta por parte de Abertis a sus clientes de ampliaciones de servicios a precios predatorios con el fin de excluir a Axion o cualquier otro competidor del mercado. Según la denuncia, esta conducta se habría traducido en ofertas presentadas por Abertis a las sociedades concesionarias del servicio público de televisión digital terrestre (TDT) de ámbito nacional, para la ampliación progresiva de la cobertura de este servicio sin incremento de precio respecto de los servicios ya prestados por Abertis a estos radiodifusores para la cobertura del 80% de la población española. Dicho escrito fue presentado por Axion en el marco del expediente 2644/05.

- (2) El 21 de diciembre de 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia, dedujo testimonio del escrito de Axion, y abrió procedimiento de información reservada bajo la referencia 2748/06, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador, al estimar que dicho escrito de Axion constituía la denuncia de nuevos hechos que no podían ser analizados en el marco del expediente 2644/05.*
- (3) El 21 de diciembre de 2006 se remitieron requerimientos de información a Abertis y a las sociedades concesionarias del servicio de televisión Sogecable y Gestevisión Telecinco, al objeto de disponer de información relativa a las ofertas realizadas por Abertis para la ampliación de la cobertura de TDT, los precios ofertados y los centros previstos para cada fase de cobertura, documentación que fue remitida a la Dirección de Investigación.*
- (4) El 15 de enero de 2007 se remitió requerimiento de información a Abertis relativa a los costes incrementales para las sucesivas ampliaciones de cobertura del servicio de la TDT nacional. En su contestación Abertis señala que no dispone de los datos de contabilidad analítica necesarios para relacionar los precios para la extensión de la cobertura de la TDT con los costes incrementales de prestación de este servicio y aporta las inversiones previstas en equipos y sistemas radiantes para las diferentes fases de ampliación de cobertura. No aporta datos concretos sobre costes operativos.*
- (5) En junio de 2007 la Dirección de Investigación solicitó un informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en relación con la razonabilidad de los datos aportados por Abertis relativos cuantía de las inversiones e infraestructuras necesarias para ampliar la cobertura por encima del 80%, y los precios ofertados por Abertis para prestar estos servicios. La CMT emitió su informe con fecha 26 de julio de 2007.*

- (6) *En mayo de 2008 se solicitó a Abertis información sobre los operadores que habían contratado la ampliación de la cobertura de TDT nacional, y sobre los contratos suscritos a estos efectos. El 23 de marzo de 2009 se solicitó a Abertis nueva información detallada relativa a los costes incrementales para prestar el servicio de ampliación de cobertura de la TDT nacional en sus diferentes fases. El 13 de abril de 2009 aportó los datos solicitados. Finalmente en mayo de 2009 se solicitó a Abertis determinada información adicional relativa a las ofertas presentadas en 2007 a tres radiodifusores nacionales, así como copia de determinada documentación. En esa misma fecha se comunica a Abertis la incorporación al expediente de determinada información relevante, existente en el expediente 2644/05, en particular información sobre costes para prestar el servicio al 80% de la población y copia de determinados contratos, todo ello al objeto de reiterar a Abertis la aportación de la misma. Abertis no planteó observaciones a dicha actuación.*
- (7) *El 5 de junio de 2009 se acuerda la incoación del expediente sancionador 2748/06.*
- (8) *En octubre de 2008, la empresa denunciante remite un escrito a la CNC, solicitando la suspensión de la tramitación de los expedientes sancionadores 2644/05 y 2748/06, debido a la operación de concentración en virtud de la cual Abertis adquiriría el 100% del capital social de Axion, operación notificada a la CNC y analizaba bajo el expediente C-0110/08. Dicha solicitud fue desestimada mediante resolución de 21 de octubre de 2008. Con fecha 8 de junio de 2009 Axion ha presentado un escrito ante la CNC desistiendo de su condición de interesado en el expediente sancionador 2748/06. Con fecha 9 de junio de 2009 la DI acuerda aceptar dicho desistimiento, así como continuar la instrucción del procedimiento conforme a lo previsto en la LDC.*
- (9) *Con fecha 14 de septiembre de 2009 se incorporan al expediente las hojas de cálculo elaboradas por el instructor, y en las que, a partir de los datos aportados por Abertis, se realiza un análisis de ingresos y costes y de cálculo de márgenes para los diferentes contratos analizados en el expediente.*
- (10) *El día 2 de noviembre de 2009 se formula el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que es remitido a Abertis para alegaciones.*
- (...)
- (16) *El PCH ha sido enviado a la CMT, solicitando la DI informe sobre el mismo y en particular sobre determinados aspectos relativos al procedimiento seguido en los cálculos de costes y márgenes, así como sobre la inclusión del coste de capital en el cómputo de los costes. La CMT remite su informe sobre el contenido del PCH con fecha 28 de diciembre de 2009.*

- (17) *Abertis ha presentado tres escritos de alegaciones en relación con el contenido del PCH, en fechas 4 de diciembre de 2009, 23 de diciembre de 2009 y 22 de enero de 2010, éste último tras tomar conocimiento del contenido del informe de la CMT antes referido. El contenido de las alegaciones formuladas por Abertis será analizado con detalle más adelante. A modo de resumen las alegaciones presentadas pueden agruparse en tres aspectos, que las conductas analizadas en el presente expediente ya han sido objeto de valoración por la CNC en el expediente 2644/05 y procede aplicar el principio de “non bis in ídem”, que los descuentos no tenían por objeto o efecto excluir a competidores (incluyendo determinadas observaciones en cuanto a los costes y el modelo usado por la DI para la determinación de márgenes), y que los descuentos tienen una justificación objetiva. Por último se sugiere en estos escritos la existencia de circunstancias atenuantes.*
- (18) *Con fecha 16 de febrero de 2009, se procede a incorporar al expediente determinada información adicional de los contratos suscritos por Abertis con el radiodifusor Telecinco, en el año 2006 (para el 80% de cobertura) y anexos del contrato de 2008 para las sucesivas ampliaciones de cobertura.*
- (19) *Tras analizar las alegaciones e información aportada por Abertis en relación con la determinación de costes y márgenes, así como el contenido del informe de la CMT de fecha 28 de diciembre de 2009, por parte del instructor se ha procedido a introducir determinados aspectos en relación con los cálculos, completando los ya recogidos en las hojas de cálculo de 14 de septiembre de 2009. Con fecha 26 de marzo de 2010 se procede a incorporar al expediente los nuevos cálculos efectuados y el 8 de abril de 2010 se cierra la fase de instrucción del expediente.*
- 3 Con respecto a la valoración que la CMT realiza en los aspectos que la DI le solicita, y que remite el 21 de diciembre de 2009, se observa error material en los cálculos sobre las inversiones realizadas para la cobertura del 80%; que la duración global de los contratos podría resultar más adecuada para la acreditación de la conducta; que de incluirse el coste de capital en los cálculos, estos no afectarían a las conclusiones sobre el margen obtenido por ABERTIS; que en lo referente al coste de los emplazamientos que conforman la red nacional de ABERTIS, estos son muy relevantes y no han sido remitidos por ABERTIS a la CNC en referencia a las inversiones necesarias para el despliegue de la TDT; y por último que la CMT no puede pronunciarse sobre la razonabilidad de los costes que ABERTIS ha remitido a la CNC para las distintas fases de cobertura, dado que la CMT no dispone, en virtud de los servicios regulados en el SCC de acuerdo a las obligaciones establecidas a Abertis en el mercado 18, del modelo de costes que le permitiría tal pronunciamiento.
- 4 El 9 de abril de 2010 la DI dicta su propuesta de resolución, notificándoselo a ABERTIS TELECOM S.A.U.

- 5 El 6 de mayo de 2010 Abertis Telecom S.A.U. presentó sus alegaciones a la Propuesta de Resolución. A la vez que daba por reproducidas las alegaciones al PCH solicitó la realización de pruebas con el objeto de incorporar al expediente cierta documentación. También presentó un informe económico solicitado a una consultora económica. En su primera alegación a la PR ABERTIS defiende que es imprescindible y necesaria la aplicación del principio de *non bis in ídem*, porque dentro de unos mismos contratos la DI decidió analizar unas cláusulas (duración excesiva y existencia de penalización por rescisión unilateral y descuentos condicionados a la contratación de cobertura para todo el territorio nacional) en el expediente 646/08 y otras cláusulas (descuentos por la ampliación de cobertura de la TDT) en el presente expediente, sin embargo (a) en la resolución 646/08 el Consejo de la CNC ya tuvo en cuenta los descuentos por la ampliación de cobertura de la TDT; (b) en ambos expediente se analizan los mismos contratos; (c) los objetos de ambos expedientes sancionadores son los mismos, analizar el impacto de las cláusulas contractuales sobre la entrada de un competidor como AXION; (d) la propia denunciante, AXION, denunció estas cláusulas en un escrito complementario a la denuncia primera que ocasionó el expediente 646/08 en lugar de hacer una nueva denuncia; y (e) en la actual PR existen numerosas referencia a lo ya descrito o analizado en la resolución 646/08. En su opinión se cumplen los requisitos para la aplicación del principio de *ne bis in ídem* en el presente caso, como son la identidad del sujeto, la identidad de hechos, y la identidad de fundamento. En su segunda alegación ABERTIS se centra en la metodología seguida por la DI para analizar si los descuentos fueron abusivos, de forma que (i) se debería haber computado todo el tiempo de vigencia de los contratos; (ii) se trata de una demanda contestable y por tanto el test que hay que aplicar para analizar el abuso es un test de predación que emplee un estándar de costes incrementales a largo plazo; (iii) en caso de partir de un mercado no contestable debe aplicarse el test de apalancamiento para analizar el abuso; y (iv) existe una justificación objetiva para los descuentos realizados por ABERTIS debido a las eficiencias que se consiguen con esta política de descuentos , ya que se reparten los riesgos entre ABERTIS y las TV de forma más eficiente y de dota de incentivos al desarrollo exitoso de la TDT.
- 6 El 30 de marzo de 2010, la DI requirió a ABERTIS la aportación de diferentes datos relativos al volumen de negocio de la empresa y los mercados analizados.
- 7 El día 20 de mayo de 2010 la DI emite su Informe Propuesta y lo eleva al Consejo, solicitándole que dicte Resolución en los siguientes términos:

“Primero.- Que por el Consejo de la CNC:

 - a. *Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (hasta 31 de agosto de 2007) y en el artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (desde 1 de*

septiembre de 2007 en adelante), y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), por parte de Abertis Telecom, S.A.U., consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados de transporte y difusión de señales de servicio público de televisión terrenal de ámbito nacional, mediante su conducta de ofertar y aplicar, sin justificación objetiva, descuentos abusivos con el efecto de impedir la entrada y la presencia de nuevos competidores en el mercado.

- b. Se intime Abertis Telecom, S.A.U. para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*
- c. Se imponga a Abertis Telecom, S.A.U. la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*
- d. Se imponga a Abertis Telecom, S.A.U. la obligación de exonerar a todos los radiodifusores a los que preste servicios de transporte y difusión de señales de televisión digital terrenal de ámbito nacional de la obligación de devolución de las cantidades correspondientes a los descuentos asociados al régimen transitorio de introducción de la TDT que hubieran sido pactados, en caso de resolución anticipada de los contratos vigentes.*
- e. Ordenar a Abertis Telecom, S.A.U. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la Resolución, de la parte dispositiva de la Resolución sancionadora que, en su caso, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dicte, en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de mayor difusión en todo el territorio nacional.*

Segundo.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.

- 8 Con fecha 6 de octubre de 2010, el Consejo acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, la cual ha tenido lugar en fecha 14 de octubre de 2010. Asimismo, se dicta Acuerdo de suspensión del plazo para resolver el procedimiento, que viene impuesta por el artículo 37.2 c) de la LDC.
- 9 El día 22 de noviembre de 2010, se dicta Acuerdo de Prueba y Vista en el que el Consejo acordó la realización de una serie de pruebas solicitadas por Abertis, y la suspensión del plazo para presentar alegaciones, realizar las pruebas y proceder a la valoración de las mismas. La suspensión del plazo para resolver fue levantada con efectos del 12 de enero de 2011.
- 10 El día 30 de noviembre de 2010, ABERTIS presenta escrito de alegaciones al Acuerdo anterior manifestando que la imposibilidad de ejercer plenamente su derecho de defensa al no haber tenido acceso a la totalidad de los contratos de AXION y de sus ofertas en 2007.

- 11 El día 30 de noviembre de 2010, T5 presenta escrito de alegaciones en el que se opone al levantamiento de la confidencialidad de su contrato con AXION.
- 12 El día 11 de enero de 2011 tiene entrada en la CNC escrito de Alegaciones de ABERTIS sobre la valoración de prueba. Se mantienen las alegaciones presentadas a la PR y respecto a la valoración de prueba señalan que éstas demuestran que las ofertas realizadas por ABERTIS y las realizadas por AXION eran del mismo tenor, incluso con mayores descuentos las de AXION, lo que lleva a conclusión de que AXION podía competir con ABERTIS de la misma forma.
- 13 El día 11 de enero de 2011, el Consejo dicta y notifica Acuerdo de levantamiento de suspensión.
- 14 Es parte interesada en el expediente:
 - ABERTIS TELECOM S.A.U.
- 15 El Consejo de la CNC deliberó y falló la presente resolución el 23 de marzo de 2011.

HECHOS PROBADOS

Los hechos que a continuación se relatan han sido probados durante la fase de instrucción y presentados por la DI en el Pliego de Concreción de Hechos, tal y como consta en la Propuesta de Resolución.

PRIMERO.- SOBRE LAS PARTES IMPLICADAS EN LA CONDUCTA

- (1) *“Abertis Telecom, S.A.U.: filial al 100% de Abertis Infraestructuras SA, es una compañía integrada por sus filiales al 100% Retevisión I S.A. y Difusió Digital Societat de Telecomunicacions S.A. (Tradia). Asimismo Abertis Telecom es accionista de los operadores de satélites Hispasat (28,4%) y Eutelsat (31,6%), de Torre de Collserola SA (41,8%) (a través de Retevisión), y posee una participación mayoritaria en la sociedad Overon (51%). Abertis Telecom, a través de sus dos filiales, dispone de una red analógica y digital de transporte y difusión de señales audiovisuales de cobertura nacional, con más de 3.200 emplazamientos que le permiten prestar servicios de transporte y difusión de la señal de radio y televisión con tecnología digital y analógica a las cadenas de radio y de televisión de ámbito nacional, así como a las cadenas de radio y televisión autonómicas y locales dentro de diversas Comunidades Autónomas. Asimismo, gran parte de esta red proviene de la antigua red monopolística de difusión de Retevisión.*
- (2) *Su matriz es un grupo internacional que gestiona infraestructuras para la movilidad y las telecomunicaciones a través de cinco áreas de negocio, autopistas, infraestructuras de telecomunicaciones, aeropuertos, aparcamientos y parques logísticos. Es el primer grupo de infraestructuras de transporte y comunicaciones de Europa y líder en España en la gestión de infraestructuras. En 2007 alcanzó unos ingresos por operaciones de 3.620 millones de €, con unos activos de 20.828 millones de €, y un beneficio contable neto de 756,5 millones de €.*

- (3) *Axión es una sociedad dedicada a la difusión de señales audiovisuales y a la explotación de servicios de telecomunicaciones, que nace de la fusión, en 2005, de Red de Banda Ancha de Andalucía, empresa concebida para efectuar la difusión de las señales de la radio y televisión de Andalucía, en asociación con la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones S.A. (Sandetel) y las Cajas de Ahorro de Andalucía y Medialatina, empresa de ámbito nacional, que adquirió la red de radiodifusión de la Cadena Ser. Cuenta con una infraestructura propia en Andalucía y mediante acuerdos de acceso y coubicación con otras empresas, entre ellas ABERTIS, en el resto del territorio nacional.*
- (4) *El principal accionista de AXIÓN, Digital Future Investment (65%) es una sociedad de responsabilidad limitada neerlandesa que hace las veces de vehículo inversor de TDF, S.A.S., el mayor operador en Francia de infraestructuras para la prestación del servicio soporte de señales de radio y televisión. El resto de accionistas son Sandetel (23,33%), Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (5,83%), Grupo Empresarial el Monte (2,92%), y la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez (2,92%).*
- (5) *La distribución de los ingresos de AXIÓN en este sector se recoge a continuación:*

Distribución de ingresos por servicios mayoristas audiovisuales AXION			
Operador	Ingresos 2007 (mill €)	Ingresos 2007 digital (mill €)	Ingresos 2007 analógico (mill €)
<i>Difusión de la señal audiovisual</i>	22	1,4	20,6
<i>Transporte de la señal audiovisual</i>	1,8	nd	nd

Fuente: informe anual 2007 CMT

- (6) *Sogecable, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A., Antena 3 de Televisión, S.A., Sociedad Gestora de televisión Net TV, S.A., Veo Televisión, S.A. y Gestora de Inversiones Audiovisuales la Sexta S.A., son sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal, habilitadas para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre (TDT) de ámbito nacional, actuales clientes de Abertis y potenciales clientes de Axión”.*

SEGUNDO.- SOBRE LOS ANTECEDENTES REGULATORIOS

- (7) *“El régimen jurídico básico del servicio de televisión digital terrenal fue regulado por la Disposición Adicional 44ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Entre otras ventajas, la digitalización permite ampliar la oferta de programas. Así en cada canal radioeléctrico que permite transmitir un programa analógico, se pueden transmitir al menos cuatro programas de TDT en cada canal múltiple digital, con una calidad equivalente. Por su parte, es necesario señalar que la concesión del servicio de televisión conlleva la concesión del espectro radioeléctrico necesaria para su prestación.*

- (8) *El Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, aprobó el primer Plan técnico nacional de la televisión digital terrenal. (Vigente hasta el 1 de agosto de 2005). Los objetivos mínimos de cobertura de población para los programas reservados para sociedades concesionarias privadas estaban fijados en el Art.7 del Plan (50% a 30.06.2000, 80% a 31.12.2001 y 95% a 31.12.2011).*
- (9) *En desarrollo de esta norma, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio de 1999 (BOE de 21 de julio), se habilita a las entidades gestoras del servicio público esencial de televisión para que presten el servicio de televisión digital terrenal en los términos establecidos en la disposición transitoria primera del Real Decreto 2169/1998. En virtud de ello se adjudicó a Antena 3, Telecinco y Sogecable un programa digital a cada una de ellas con el fin de simultanear sus emisiones analógicas.*
- (10) *Asimismo, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000 (BOE de 9 de enero de 2001), se resuelve el concurso público convocado para la adjudicación de dos concesiones para la explotación en régimen de emisión en abierto del servicio público de la televisión digital terrenal, adjudicándose dichas concesiones a Sociedad Gestora de Televisión Net TV, S.A. y Veo Televisión, S.A.. Cada una de estas sociedades accedía a la explotación de un programa digital. Estas sociedades no están habilitadas para la emisión de televisión analógica.*
- (11) *El Real Decreto 944/2005, de 29 de julio (BOE de 30 de julio), por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre (en adelante PTNTDT), ha sustituido al Plan Técnico de 1998, y establece determinadas previsiones relevantes en cuanto a la implantación del servicio de televisión digital terrestre. Así, establece (DA 1ª) que las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica de cobertura estatal o autonómica cesarán antes del 3 de abril de 2010. Igualmente (DA2ª y DA3ª) define el escenario para la transición de la tecnología analógica a la digital y el escenario tras el cese de las emisiones analógicas.*
- (12) *En la DT 4ª de esta norma, se preveía que las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal podían solicitar la ampliación de sus concesiones. Así las tres sociedades que disponían de concesión con tecnología analógica (Antena 3, Telecinco y Sogecable) y a las que se había concedido un programa digital para simultanear las emisiones analógicas podían solicitar hasta dos programas digitales adicionales, mientras que las dos sociedades concesionarias Net y Veo podían solicitar un programa digital adicional al que ya les había sido concedido. Para ello deberían presentar, antes del día 1 de octubre de 2005, un plan detallado de actuación en el que asumieran el compromiso de iniciar emisiones de la programación del primer canal digital adicional antes del 30 de noviembre de 2005, junto a otros requisitos.*
- (13) *El PTNTDT, en su artículo 6 establece la cobertura mínima poblacional a alcanzar por el servicio de TDT (80%, 90% y 95%). La disposición adicional segunda del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, (BOE de 2 de septiembre) ha venido a concretar determinados hitos intermedios de cobertura. De acuerdo con ello, las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal deberán alcanzar, al menos, una cobertura del:*

- 80% de la población antes del 31 de diciembre de 2005;
 - 85% de la población antes del 31 de julio de 2007;
 - 88% de la población antes del 31 de julio de 2008;
 - 90% de la población antes del 31 de diciembre de 2008;
 - 93% de la población antes del 31 de julio de 2009;
 - 95% de la población antes del 3 de abril de 2010 (98% para RTVE)
 - 96% de la población a partir del 3 de abril de 2010 (Disposición Transitoria 4ª del PTNTDT)
- (14) *En desarrollo de lo previsto en la DT2ª del PTNTDT, Mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 (BOE de 5 de diciembre), se amplía con canales digitales adicionales el contenido de las concesiones de las sociedades que gestionan el servicio público de televisión terrestre de ámbito estatal y por el que se asignan los canales que forman parte de los múltiples digitales en redes de frecuencia única.*
- (15) *Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 (BOE de 17 de diciembre), se resuelve el concurso público para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio público de la televisión en régimen de emisión en abierto, convocado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005. Dicha concesión se otorga a la sociedad Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, quedando habilitada para emitir tanto en tecnología analógica como mediante tecnología digital (a través de dos programas digitales).*
- (16) *Como resultado de todo ello, actualmente, la distribución por operadores de los canales digitales en los distintos múltiples de red de frecuencia única (en adelante SFN) de alcance nacional está regulada por el Real Decreto 944/2005 y los Acuerdos del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005, en los términos siguientes:*

	Canal 66	Canal 67	Canal 68	Canal 69
Canal TDT 1º	RTVE	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 2º	VEO TV	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 3º	VEO TV	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 4º	NET TV	LA SEXTA	NET TV	LA SEXTA

- (17) *Además, RTVE tiene asignado un canal múltiple completo con posibilidad para efectuar desconexiones territoriales de ámbito autonómico, que hace uso de los canales radioeléctricos 57 a 65.*
- (18) *Hasta la fecha del “apagón analógico”, como la difusión de cada múltiple SFN tiene que hacerse, de manera preferente y por razones técnicas, por un mismo operador, el contrato del servicio tiene que hacerse con el acuerdo de cada una de las empresas que difunden sus programas por el mismo múltiple.*

- (19) *Es decir, el contrato de difusión del canal 66 requiere el acuerdo de RTVE, Veo y Net, el del 67 de Sogecable y La Sexta, el 68 de Telecinco y Net y el 69 de Antena 3 y La Sexta.*
- (20) *Esta circunstancia constituye una barrera de entrada adicional al mercado, que implica, para un nuevo entrante, antes del apagón analógico y de que se concrete la asignación de canales múltiples individuales a cada radiodifusor, la necesidad de poner de acuerdo al menos a dos empresas, para hacer efectivo un contrato para la difusión de al menos un canal múltiple. Dada la distribución de programas en los canales múltiples SFN, este número se ve en la práctica incrementado hasta tres empresas, salvo que una empresa con programas en diferentes canales múltiples admitiera la existencia de dos proveedores diferentes para los dos canales múltiples en los que está ubicada.*
- (21) *El escenario previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005, es que con posterioridad al “apagón analógico” previsto para abril de 2010, cada una de las sociedades concesionarias del servicio de televisión de ámbito estatal, pueda acceder a la explotación exclusiva de un canal múltiple de cobertura nacional mediante red de frecuencia única (sin desconexiones territoriales). De la misma forma está previsto que RTVE acceda a la explotación exclusiva de dos canales múltiples, uno de ellos con posibilidad de desconexiones territoriales de ámbito autonómico y el otro mediante red de frecuencia única. Con ello, dejará de ser necesario que más de una empresa comparta el mismo canal múltiple.*
- (22) *En lo que se refiere al servicio de transporte y difusión de señales de televisión de ámbito estatal, el servicio se prestó por el ente público Retevisión en régimen de monopolio legal hasta el 3 de abril de 2000 (DT 7ª de la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones ya derogada). A partir de dicha fecha, dicho servicio ha quedado liberalizado, pudiendo las sociedades concesionarias optar por desplegar y explotar su propia red de transporte y difusión de señales o bien contratar este servicio con cualquier operador presente en el mercado.*
- (23) *Sin perjuicio de ello, como garantía de la continuidad de estos servicios, Retevisión S.A. (sociedad proveniente de la privatización del ente público) estaba obligada transitoriamente a continuar prestando el servicio a los radiodifusores que lo soliciten en condiciones similares a las que venía aplicando, bajo el principio de no discriminación y con precios regulados. (Art. 5.4 Decreto-Ley 16/1999, DA 4ª RD 2169/1998, DT4ª Orden 9 de marzo de 2000 reglamento uso del espectro, DT 7ª Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones). Esta obligación se extendió hasta febrero de 2006 tras haber completado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) el análisis del mercado correspondiente.*
- (24) *En el marco del proceso de análisis de mercados previsto en los artículos 10, 48.2 y 48.3.g) de la Ley 32/2003, la CMT aprobó con fecha 2 de febrero de 2006 la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de transmisión de señales de televisión, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. Como resultado de este análisis se identificó a Abertis Telecom SAU (Abertis) como operador con poder significativo de mercado (PSM) y se le impusieron determinadas obligaciones, en particular la de facilitar a terceros el acceso*

a los centros de difusión de la red nacional de Abertis, a precios orientados en función de los costes. Como resultado de estas obligaciones se han dictado por la CMT diferentes resoluciones para establecer la contabilidad de costes de Abertis y ha resuelto diversos conflictos suscitados entre los operadores (fundamentalmente entre Abertis y Axión) relacionados con las obligaciones impuestas.

- (25) La CMT ha realizado una revisión del análisis del mercado realizado en 2006. Con fecha 21 de mayo de 2009 la CMT ha aprobado la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado mayorista del servicio portador de difusión de la señal de televisión, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (MTZ 2009/195). En esta Resolución la CMT ha acordado mantener y ampliar en ciertos aspectos las obligaciones impuestas a Abertis en el análisis de mercado de 2006”.

TERCERO.- SOBRE LAS CONDUCTAS

“V.1.- Abertis ofreció en 2006 a todas las sociedades concesionarias privadas del servicio público de televisión de ámbito estatal descuentos sobre los precios del servicio de transporte y difusión de la señal de televisión digital terrestre asociados a la promoción de la TDT y con una duración hasta abril de 2010, para la ampliación de la cobertura del 80% hasta el 93% de la población nacional.

- (62) Al inicio del mes de noviembre de 2006, Abertis presentó a todos los radiodifusores privados de ámbito nacional una oferta del servicio de transporte y difusión de la señal de televisión digital terrestre para la ampliación de la cobertura del 80% de la población nacional hasta el 93%, según los diferentes hitos de cobertura establecidos por la normativa vigente en la materia. Dicha oferta se encuentra recogida en documento de fecha 2 de noviembre de 2006. (f54 a 59).
- (63) En su oferta de 2 de noviembre de 2006 se recogían de una manera resumida las condiciones esenciales del servicio ofertado y en particular el precio a satisfacer para el 80% de cobertura inicial y para las diferentes fases e hitos de ampliación de cobertura entre el 80% y el 93%, así como los criterios para la revisión de los mismos. En esta oferta no se contemplaban descuentos sobre los precios ofertados.
- (64) Por su parte, la empresa denunciante, Axión, informa (f 504) en el anexo de su denuncia que realizó ofertas para la ampliación de cobertura por encima del 80% a dos operadores de ámbito nacional con fecha 8 de noviembre de 2006 y a un tercer operador con fecha 11 de diciembre de 2006.
- (65) Abertis señala que, a petición de diferentes operadores, elaboró una nueva oferta para la ampliación de cobertura que ha sido recogida en tres documentos de contenido similar el primero de fecha 30 de noviembre de 2006 (f 60 a 65). y otros dos documentos de fecha 13 de diciembre de 2006 (f 66-71 y 72-76). En dichas ofertas se mantenían los precios nominales inicialmente ofertados en el documento de 2 de noviembre de 2006, y se recogían determinadas cuestiones nuevas relativas a la vigencia contractual, así como dos clases de descuentos. El primero de estos descuentos estaba relacionado con la duración contractual. El otro descuento estaba relacionado con la promoción de la TDT para facilitar su despliegue y con la

penetración real de la TDT en la población. Este segundo conjunto de descuentos tenía una duración hasta el 3 de abril de 2010, fecha prevista para el “apagón analógico” en la normativa vigente. (Algunos de estos descuentos han sido ya analizados en el marco del Expediente Axió/Abertis Expte 646/98 del Consejo de la CNC (Expte 2644/05 de la Dirección de Investigación), y no constituyen el objeto del presente expediente).

V.2 Abertis Telecom, S.A.U. suscribió en marzo de 2007 contratos con cuatro sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal para la ampliación de la cobertura del 80% de la población nacional hasta el 93% para el servicio de transporte y difusión de la señal de televisión digital terrestre, que incluyen descuentos asociados al “Régimen transitorio de implantación de la TDT”.

- (66) *Como resultado de las ofertas presentadas por Abertis a final de 2006, Abertis suscribió con cuatro sociedades concesionarias contratos para la ampliación de la cobertura de la TDT por encima del 80% de la población que incluían la aplicación y concreción de los descuentos ofertados.*
- (67) *A continuación, se realiza una descripción de los aspectos relevantes para el presente expediente de los contratos firmados por Abertis, agrupados por clientes.*

V.2.1. ANTENA 3 TELEVISIÓN S.A.

- (68) *El 16 de marzo de 2006 Antena 3 y Retevisión I firman un contrato (f412) para proporcionar el servicio de transporte y difusión de la señal digital correspondiente al 80% de la cobertura de la población nacional, que se refiere a tres canales digitales (los dos que se adjudicaron a Antena 3 por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 y para el canal digital que ya tenía).*
- (69) *Con fecha 28 de marzo de 2007, se firma un nuevo contrato (f111) que modifica el anterior, al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para los tres canales digitales de que es titular Antena 3, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005. En el contrato, se recoge, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional, y amplía su duración hasta final de 2015.*
- (70) *El contrato incluye un descuento (f115) del 2,5% de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contempla una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93% en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extienden por un periodo de 36 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, Antena 3 quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.*
- (71) *El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente (f116):*
“... en cada fase de ampliación del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos

primeros meses, en un 55% durante los meses tercero y cuarto; y en un 30% durante los meses quinto y sexto.

Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 36 meses comprendido entre el mes de abril de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de setenta mil quinientos cuarenta y dos euros (70.542 €) mensuales para el conjunto de los tres canales).

Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”

V.2.2. GESTORA DE MEDIOS AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A.

(72) *El 13 de diciembre de 2005 La Sexta y Retevisión I firman un contrato (f393) para proporcionar el servicio de transporte y difusión de la señal digital correspondiente al 80% de la cobertura de la población nacional, que se refiere a dos canales digitales (adjudicados a la Sexta por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005).*

(73) *Con fecha 29 de marzo de 2007, se firma un nuevo contrato (f118) que modifica el anterior, al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para los dos canales digitales de que es titular la Sexta, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005. En el contrato, se recoge, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional, y amplía su duración hasta final de 2015.*

(74) *El contrato incluye un descuento (f122) del 2,5% de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contempla una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93% en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extienden por un periodo de 36 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, la Sexta quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.*

(75) *El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente (f 123 y 124):*

“...de cada fase de despliegue del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos primeros meses, en un 55% durante los meses tercero y cuarto; y en un 30% durante los meses quinto y sexto.

Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 36 meses comprendido entre el mes de abril de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 47.028 € mensuales por los dos canales.

Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”.

V.2.3. VEO TV S.A.

- (76) *El 13 de marzo de 2006 Veo TV y Retevisión I firmaron un contrato (f422) para la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión, para las fases de cobertura previstas en el PTNTDT, que se refiere a dos canales digitales (un contrato para el canal que se adjudicó a Net TV por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 y otro para el canal digital que ya tenía). Asimismo preveía la prestación del servicio, en su caso, para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005.*
- (77) *Con fecha 29 de marzo de 2007, se firma un nuevo contrato (f125) que modifica el anterior, al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a los hitos intermedios de cobertura de la población nacional previstos en la D.A.2ª del RD 944/2005, para los dos canales digitales de que es titular Veo TV, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005. En el contrato, se recoge, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional.*
- (78) *Igualmente se contempla una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93% en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extienden por un periodo de 36 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, Veo TV quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.*
- (79) *El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente (f131):*

“...de cada fase de despliegue del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos primeros meses, en un 55% durante los meses tercero y cuarto; y en un 30% durante los meses quinto y sexto.

Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 36 meses comprendido entre el mes de abril de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 47.028 € mensuales por los dos canales.

Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”.

V.2.4. NET TV S.A.

- (80) *El 24 de enero de 2006 Net TV y Retevisión I firman dos contratos para proporcionar el servicio de transporte y difusión de la señal digital correspondiente al 80% de la cobertura de la población nacional, que se refieren a dos canales digitales (un contrato para el canal que se adjudicó a Net TV por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de*

noviembre de 2005 en el canal múltiple SFN68 y otro contrato (f435) para el canal digital que ya tenía en el canal múltiple SFN66).

- (81) Con fecha 27 de junio de 2007, se firma un nuevo contrato (f 136) que modifica el contrato de enero de 2006 correspondiente al canal digital de Net TV en el canal múltiple SFN66, al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para el citado canal digital, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005. En el contrato, se recoge, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional, y amplía su duración hasta final de 2015.
- (82) El contrato incluye un descuento (f 140) del 2,5% de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contempla una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93% en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extienden por un periodo de 33 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, Net TV quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.
- (83) El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente (f141 y 142):

“...de cada fase de despliegue del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos primeros meses, en un 55% durante el tercer y cuarto mes de despliegue; y en un 30% durante el quinto y sexto mes de despliegue.

Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 33 meses comprendido entre el mes de julio de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 25.652 €/mes.

Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”

V.3. Los descuentos asociados al “Régimen transitorio de implantación de la TDT” ofertados por Abertis en 2006 a los operadores privados de televisión y recogidos en los contratos suscritos en 2007 con cuatro sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal para la ampliación de la cobertura del 80% de la población nacional hasta el 93% para el servicio de transporte y difusión de la señal de televisión digital terrestre, implican la existencia de un margen negativo entre ingresos y costes para el periodo durante el que se aplican dichos descuentos.

- (84) Mediante un análisis de los ingresos y los costes de prestación del servicio de ampliación de cobertura del 80% hasta el 93% de la población en el periodo entre el inicio de los descuentos por “promoción de la TDT” recogidos en los contratos suscritos al efecto en 2007 y el 3 de abril de 2010 (fecha prevista para el apagón analógico y de

finalización de los descuentos de promoción de la TDT), puede deducirse que la aplicación de los descuentos ofertados por Abertis para la promoción de la TDT implican un margen negativo para los cuatro contratos considerados.

- (85) En lo que se refiere al análisis de ingresos, los cuatro radiodifusores que suscribieron contratos en 2007, disponían de sendos contratos con Abertis para proporcionar el servicio de transporte y difusión para los canales de TDT de ámbito nacional de los que eran titulares, para una cobertura del 80% de la población, en los que se había fijado un precio para dicho servicio, representando estos contratos de 2007 una modificación de los anteriores para incluir las ampliaciones de cobertura por encima del 80% ya contratado. En los contratos firmados en 2007 se han recogido los precios para las diferentes fases de cobertura, un descuento por duración contractual y la cuantificación exacta de los descuentos por el concepto de “promoción de la TDT” antes señalados y su duración.*
- (86) Para valorar el precio efectivo para los radiodifusores de los servicios de ampliación de cobertura por encima del 80% contratados en 2007, se ha comparado el precio efectivo a satisfacer por los radiodifusores de acuerdo con los contratos de 2007 aplicando los descuentos por duración contractual y los descuentos por promoción de la TDT previstos en los mismos, con el precio para la cobertura del 80% de la población que los operadores ya tenían contratado con anterioridad, en las condiciones previstas en los contratos de 2006 (en el caso de la Sexta el contrato anterior es de 2005). Los cálculos se ha realizado utilizando precios constantes con base 2007.*
- (87) En lo que se refiere al análisis de costes, Abertis ha suministrado a requerimiento de la Dirección de Investigación información sobre costes mediante escrito de 13 de abril de 2009 (f357) y mediante escrito de 24 de enero de 2008 (f 495).*
- (88) En dichos escritos se determinan las inversiones realizadas por Abertis (Capex) para proporcionar las diferentes fases de cobertura entre el 80% y el 93% de la población, así como las vidas útiles de los diferentes elementos implicados. A partir de estos datos se ha determinado la inversión anual imputable a cada hito de cobertura, equivalente a la amortización anual de la inversión realizada, asumiendo una amortización lineal durante la vida útil de cada elemento. A continuación se ha determinado la inversión imputable para cada hito de cobertura durante el periodo analizado. Para cada hito de cobertura se han computado las amortizaciones desde la fecha de inicio de cada fase de cobertura.*
- (89) Por último, Abertis ha facilitado una estimación de las inversiones a realizar durante 2009, si bien sin ofrecer un desglose detallado sobre los diferentes tipos de elementos en los que se realizarán dichas inversiones y de la vida útil de los mismos. Al objeto de establecer la amortización anual correspondiente a estas inversiones se ha estimado la vida útil media de los elementos objeto de inversión en el año 2009 a partir de la vida útil media de todas las inversiones realizadas en los años anteriores.*
- (90) Asimismo se proporcionan en dichos escritos de Abertis datos sobre los gastos de operación (Opex) acumulados para dichos hitos de cobertura. A partir de estos datos se ha determinado el Opex imputable a cada hito de cobertura igual al Opex incremental respecto del hito anterior.*

- (91) *Al igual que en el caso de los ingresos, todos los costes se han determinado a precios constantes.*
- (92) *Por último, y por la complejidad de los cálculos y del análisis contable requerido para ello, no se han computado en el análisis los costes de capital (financieros o de retribución de los fondos propios) como escenario más favorable a Abertis, a pesar de que dichos costes implican, en general, una proporción significativa sobre los costes totales en el mercado analizado por ser intensivo en capital y presentar unos elevados costes fijos.*
- (93) *El resultado de todo ello ha sido el siguiente:*
- (94) *Los resultados del análisis de ingresos, costes y márgenes resultan muy similares en los cuatro contratos analizados, teniendo en cuenta en todo caso el diferente número programas para los que se contrata el servicio de transporte y difusión de señales por los radiodifusores (Antena 3 tres programas, La Sexta y Veo TV dos programas cada uno de ellos y Net TV un programa en el MUX66). En el caso de los costes no existen diferencias en el análisis más allá de las derivadas de la proporcionalidad al número de programas contratados.*
- (95) *Existen determinadas diferencias de pequeña cuantía en el análisis de ingresos derivadas de las variaciones existentes en los diferentes contratos analizados, sin que afecten a las conclusiones del análisis.*
- (96) *En el ámbito de los ingresos la principal diferencia se produce entre el caso de Veo TV y los otros tres radiodifusores, dado que el primero tenía ya reconocido el descuento del 2,5% por duración contractual en su contrato de 13.03.2006 para cobertura del 80% de la población (f428), mientras que en el resto de los casos este descuento fue introducido en los contratos de 2007.*
- (97) *En el caso de Net TV procede señalar que la duración de la prestación del servicio y del descuento lineal por promoción de la TDT aplicable al 80% de cobertura se inicia en julio de 2007 (f141), tres meses después que el resto de contratos analizados en el presente apartado. Sin embargo la cuantía del descuento mensual por canal por este concepto es ligeramente superior a la prevista en los otros tres contratos de manera que el descuento total por canal obtenido por Net TV durante los 33 meses en que se aplica es idéntico al previsto en los otros tres contratos durante 36 meses.*
- (101) *En el caso del contrato con Antena 3, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo (...) representa un 10,5% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado son ligeramente superiores en 43,7 miles de euros a los ingresos que Abertis hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80% en las condiciones previstas en el contrato de 2006. Sin embargo, durante los 21 primeros meses del nuevo contrato los ingresos son inferiores a los que hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80% en las condiciones previstas en el contrato de 2006. La merma de ingresos en estos primeros meses asciende a 864 miles de euros. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las*

coberturas superiores al 80% de la población para todo el periodo analizado arroja un resultado negativo de 8,22 millones de euros para Abertis.

- (103) *En el caso del contrato con La Sexta, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo (...) representa un 10,5% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado son inferiores a los ingresos que Abertis hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80% en las condiciones previstas en el contrato de 2005. La merma de ingresos asciende a 518,5 miles de euros. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las coberturas superiores al 80% de la población para el periodo analizado arroja un resultado negativo de 6,02 millones de euros para Abertis.*
- (105) *En el caso del contrato con Veo-TV, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante (...) representa un 10,5% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado son inferiores a los ingresos que Abertis hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80% en las condiciones previstas en el contrato de 2006. La merma de ingresos asciende a 42,3 miles de euros. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las coberturas superiores al 80% de la población para el periodo analizado arroja un resultado negativo de 5,55 millones de euros para Abertis.*
- (107) *En el caso del contrato con Net-TV, el importe total de los descuentos a aplicar durante el periodo (...) representa un 11,4% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado son inferiores a los ingresos que Abertis hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80% en las condiciones previstas en el contrato de 2006. La merma de ingresos asciende a 239,4 miles de euros. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las coberturas superiores al 80% de la población para el periodo analizado arroja un resultado negativo de 2,99 millones de euros para Abertis.*

V.4.- Abertis ofreció en 2007 a las tres sociedades concesionarias privadas del servicio público de televisión de ámbito estatal que habían solicitado ofertas al efecto, descuentos sobre los precios del servicio de transporte y difusión de la señal de televisión digital terrestre, asociados a la promoción de la TDT y con una duración hasta abril de 2010.

- (108) *Las sociedades concesionarias del servicio público de televisión Sogecable, Telecinco y Net TV, inician cada una de ellas en octubre de 2007 un proceso para la adjudicación de contratos para la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de sus respectivos canales de TDT, que incluyen la totalidad de coberturas para la TDT previstas en la normativa vigente.*
- (109) *El 23 de octubre de 2007 Sogecable, Telecinco y Net TV comunican a Abertis (f376) la apertura de un proceso de adjudicación del contrato de prestación del servicio portador*

soporte del servicio de difusión de sus canales de TDT, así como un calendario tentativo para dichos procesos.

- (110) *En respuesta a estos procedimientos de adjudicación, Abertis presenta ofertas a los tres radiodifusores, de acuerdo con el calendario final establecido por éstos. En dichas ofertas (f378 a 392) se incluían, entre otras cuestiones, los precios nominales ofertados para cada una de las diferentes hitos o etapas de cobertura a prestar (85% hasta 96%), así como dos clases de descuentos. El primero de estos descuentos estaba relacionado con la duración contractual. El otro descuento estaba relacionado con la promoción de la TDT para facilitar su despliegue y con la penetración real de la TDT en la población. Este segundo conjunto de descuentos tenía una duración de 24 meses finalizando en marzo de 2010, momento previsto para el “apagón analógico”, y su importe estaba ya cuantificado de manera precisa en las ofertas presentadas.*

V.5 Abertis Telecom, S.A.U., tras resultar adjudicatario de los correspondientes procesos de adjudicación, suscribió en 2008 contratos para la prestación del servicio portador del servicio de difusión de sus canales de TDT en todos los hitos de cobertura previstos en la normativa vigente, con las tres sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal Sogecable, Telecinco y Net TV, que incluyen descuentos asociados al “Régimen transitorio de implantación de la TDT”.

- (111) *Tras resultar adjudicatario de los correspondientes procesos de adjudicación, Abertis suscribe sendos contratos en 2008 con las tres sociedades concesionarias Sogecable, Telecinco y Net TV. Dichos contratos recogen condiciones de precios y descuentos en concepto de “promoción de la TDT” coincidentes con los ofertados en los respectivos procedimientos de adjudicación, y una duración para todos ellos hasta 2016. A continuación, se realiza una descripción de los aspectos relevantes para el presente expediente de los contratos firmados por Abertis, agrupados por clientes:*

V.5.1. GESTEVISIÓN TELECINCO S.A.

- (112) *El 11 de abril de 2006 Telecinco y Retevisión I firman un contrato para proporcionar el servicio de transporte y difusión de la señal digital correspondiente al 80% de la cobertura de la población nacional, que se refiere a tres canales digitales (los dos que se adjudicaron a Telecinco por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 y para el canal digital que ya tenía). (Véase apartado de Hechos Probados de la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de mayo de 2009 (Expediente Axión/Abertis 646/98).*
- (113) *Con fecha 24 de enero de 2008, tras un concurso convocado por Telecinco al efecto, se firma un nuevo contrato (f463) que comprende los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para los tres canales digitales de que es titular Telecinco, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005. Este contrato sustituye al firmado en abril de 2006 para proporcionar cobertura al 80% de la población a tres canales digitales, y su duración se extiende hasta final de 2016. En el contrato, se recoge, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional.*

- (114) *El contrato incluye un descuento (f469) del 2,5% de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contempla una reducción de tarifas transitoria sobre el precio nominal acordado en concepto de apoyo a la implantación de la TDT. Estos descuentos se extienden por un periodo de 24 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución, Telecinco quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Dichos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.*
- (115) *El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente (f473 y 474):*
- “...Con el objeto de colaborar a la implantación de la TDT, se aplicará una reducción a la contraprestación pactada durante un periodo de 24 meses comprendido entre el mes de abril de 2008 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 70.542 euros mensuales, no actualizables, por los servicios contratados para el 75% del múltiple.*
- Una vez finalizado el periodo descrito en el párrafo precedente, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula CUARTA”*

V.5.2. SOGECABLE S.A.

- (116) *El **30 de marzo de 2006** Sogecable y Retevisión I firman un contrato para proporcionar el servicio de transporte y difusión de la señal digital correspondiente al 80% de la cobertura de la población nacional, que se refiere a tres canales digitales (los dos 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).*
- (117) *Con fecha **7 de marzo de 2008**, tras un concurso convocado por Sogecable al efecto, se firma un nuevo contrato (f479) que comprende los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para los tres canales digitales de que es titular Sogecable, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005. Este contrato sustituye al firmado en marzo de 2006 para proporcionar cobertura al 80% de la población a tres canales digitales, y su duración se extiende hasta final de 2016. En el contrato, se recoge, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional.*
- (118) *El contrato incluye un descuento (f485) del 2,5% de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contempla una reducción de tarifas transitoria sobre el precio nominal acordado en concepto de apoyo a la implantación de la TDT. Estos descuentos se extienden por un periodo de 24 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución, Sogecable quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Dichos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.*
- (119) *El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente (f 489 y 490):*

“...Con el objeto de colaborar a la implantación de la TDT, se aplicará una reducción a la contraprestación pactada durante un periodo de 24 meses comprendido entre el mes de abril de 2008 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 70.542 euros mensuales, no actualizables, por los servicios contratados para el 75% del múltiple.

Una vez finalizado el periodo descrito en el párrafo precedente, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula CUARTA”.

V.5.3. NET TV S.A.

(120) *El 24 de enero de 2006 Net TV y Retevisión I firman dos contratos para proporcionar el servicio de transporte y difusión de la señal digital correspondiente al 80% de la cobertura de la población nacional, que se refieren a dos canales digitales (un contrato para el canal que se adjudicó a Net TV por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 en el canal múltiple SFN68 y otro contrato para el canal digital que ya tenía en el canal múltiple SFN66).*

(121) *Con fecha 23 de enero de 2008, tras un concurso convocado por Net TV al efecto, se firma un nuevo contrato (f 446) que comprende los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para el canales digitales de que es titular Net TV dentro del canal múltiple 68, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005. Este contrato sustituye al contrato suscrito entre Net TV y Retevisión en enero de 2006 para proporcionar cobertura del 80% de la población para el canal dentro del SFN68, y su duración se extiende hasta final de 2016. En el contrato, se recoge, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional.*

(122) *El contrato incluye un descuento (f452) del 2,5% de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contempla una reducción de tarifas transitoria sobre el precio nominal acordado en concepto de apoyo a la implantación de la TDT. Estos descuentos se extienden por un periodo de 24 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución, Net TV quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Dichos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.*

(123) *El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente (f457):*

“...Con el objeto de colaborar a la implantación de la TDT, se aplicará una reducción a la contraprestación pactada durante un periodo de 24 meses comprendido entre el mes de abril de 2008 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 23.514 euros mensuales, no actualizables, por un canal.

Una vez finalizado el periodo descrito en el párrafo precedente, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula CUARTA”

V.6. Los descuentos asociados a la promoción de la implantación de la TDT ofertados por Abertis en 2007 y recogidos en los contratos suscritos en 2008 con las tres

sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal Sogecable, Telecinco y Net TV, implican la existencia de un margen negativo entre ingresos y costes para el periodo de 24 meses de duración de dichos descuentos.

- (124) *Mediante un análisis de los ingresos y los costes de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión contratado por los tres operadores con Abertis, para el periodo entre el inicio de la vigencia de los contratos suscritos al efecto en 2008 y el 3 de abril de 2010 (fecha prevista para el apagón analógico y de finalización de los descuentos de promoción de la TDT), puede deducirse que la aplicación de los descuentos ofertados por Abertis para la promoción de la TDT implican un margen negativo para los tres contratos considerados.*
- (125) *En lo que se refiere al análisis de ingresos, se han computado como base los ingresos previstos en los contratos suscritos en 2008 incluyendo el descuento por duración contractual, aplicando a partir de esta base los descuentos correspondientes por el concepto de promoción de la TDT recogidos en cada uno de ellos. Los cálculos se han realizado utilizando precios constantes con base 2008. En el caso de estos tres contratos no se considera una comparativa respecto de contratos anteriores dado que estos contratos no representaban una modificación de otros contratos ya vigentes sino que se derivaban de los procedimientos de adjudicación establecidos por los radiodifusores para todos los hitos de cobertura de la TDT.*
- (126) *En lo que se refiere al análisis de costes, Abertis ha suministrado a requerimiento de la Dirección de Investigación información sobre costes mediante escrito de 13 de abril de 2009 (f 457) y mediante escrito de 24 de enero de 2008 (f495).*
- (127) *En dichos escritos se determinan las inversiones realizadas por Abertis (Capex) para proporcionar las diferentes fases de cobertura entre el 80% y el 93% de la población, así como las vidas útiles de los diferentes elementos implicados. A partir de estos datos se ha determinado la inversión anual imputable a cada hito de cobertura, equivalente a la amortización anual de la inversión realizada, asumiendo una amortización lineal durante la vida útil de cada elemento. A continuación se ha determinado la inversión imputable para cada hito de cobertura durante el periodo analizado. Para cada hito de cobertura se han computado las amortizaciones desde la fecha de inicio de cada fase de cobertura.*
- (128) *Por último, Abertis ha facilitado una estimación de las inversiones a realizar durante 2009, si bien sin ofrecer un desglose detallado sobre los diferentes tipos de elementos en los que se realizarán dichas inversiones y de la vida útil de los mismos. Al objeto de establecer la amortización anual correspondiente a estas inversiones se ha estimado la vida útil media de los elementos objeto de inversión en el año 2009 a partir de la vida útil media de todas las inversiones realizadas en los años anteriores.*
- (129) *Asimismo se proporcionan en el escrito de Abertis de abril de 2009 datos sobre los gastos de operación (Opex) acumulados para los hitos de cobertura entre el 80% y el 93% de la población, que se han computado durante el periodo de duración de los descuentos pactados con una duración de 24 meses y finalización el 31 de marzo de 2010, de acuerdo con las fechas de inicio de cada hito de cobertura durante dicho periodo analizado.*

- (130) *Como en el caso de los ingresos, todos los costes se han determinado a precios constantes.*
- (131) *Al igual que en el análisis de descuentos recogidos en los contratos de 2007, no se han computado en el análisis los costes de capital (financieros o de retribución de los fondos propios) como escenario más favorable a Abertis, a pesar de que dichos costes implican, en general, una proporción significativa sobre los costes totales en el mercado analizado por ser intensivo en capital y presentar unos elevados costes fijos.*
- (132) *El resultado de todo ello ha sido el siguiente:*
- (133) *El resultado del análisis para los contratos suscritos entre Retevisión y Telecinco el 24.01.2008 y entre Retevisión y Sogecable el 07.03.2008 ofrecen resultados idénticos, al referirse ambos a 3 programas dentro de un canal múltiple y contar con unas condiciones contractuales idénticas.*
- (134) *El resultado para el contrato suscrito entre Retevisión y Net TV de fecha 23 de enero de 2008 para 1 programa dentro del canal múltiple 68, resulta prácticamente igual al obtenido para los contratos suscritos por Telecinco y Sogecable, si bien en cuantías proporcionales a la contratación del servicio para un único programa en lugar de los tres contratados por estos dos operadores. La determinación de los costes resulta directamente proporcional entre dichos contratos mientras que en el caso de los ingresos existe una partida de precio independiente del número de programas contratados que provoca una leve variación en la proporcionalidad directa de los ingresos a obtener por Abertis.*
- (138) *En el caso de los contratos suscritos con Telecinco y Sogecable, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo (...) representa un 7,82% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. El margen entre ingresos tras descuentos y costes para el periodo analizado arroja un resultado negativo de 639,3 miles de euros para Abertis en cada uno de los dos contratos.*
- (140) *En el caso del contrato suscrito con Net-TV, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo (...) representa un 7,76% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. El margen entre ingresos tras descuentos y costes para el periodo analizado arroja un resultado negativo de 159,0 miles de euros para Abertis.*

CUARTO.- La DI ha revisado estos cálculos tras recibir las alegaciones de ABERTIS al PCH y el informe de la CMT, tal y como consta en la PR que a continuación se reproduce.

- (182) *“De acuerdo con lo señalado en los apartados anteriores, procede profundizar en el análisis realizado inicialmente por la DI, en relación con los ingresos, costes y márgenes obtenidos por Abertis para los diferentes contratos analizados y en el periodo considerado.*
- (183) *Dicho análisis es pertinente al objeto de recoger en todos los contratos analizados los costes de capital, de acuerdo con la metodología y estimación realizada por la CMT en su informe. Los costes de capital no habían sido incluidos en la estimación de costes inicial debido a la complejidad derivada de su obtención, en particular para la*

determinación del parámetro Coste Medio Ponderado del Capital (WACC). Una vez que por parte de la CMT se han aportado los datos necesarios para la correcta evaluación del coste de capital, resulta pertinente profundizar en el análisis inicial teniendo en cuenta esta variable. Para ello, siguiendo el procedimiento señalado por la CMT, se ha determinado la inversión y la amortización acumuladas de los activos fijos correspondientes a las diferentes fases de cobertura. A partir de ello se ha determinado en valor neto contable de dichos elementos. Utilizando el WACC señalado por la CMT en su informe se ha obtenido el coste del capital en cada anualidad. Dicho coste de capital se ha inputado de manera proporcional a los periodos objeto de análisis.

- (184) Igualmente, para los 3 contratos suscritos en 2008 y que han sido analizados en este expediente procede corregir el error material en el importe del Capex correspondiente al 80% de cobertura de TDT, puesto de manifiesto por la CMT y por la propia Abertis.
- (185) Asimismo por parte de la DI se ha constatado la existencia de dos erratas puntuales en los cálculos realizados que se detallan a continuación. Si bien estas erratas tienen una incidencia despreciable en el resultado final del análisis, es conveniente su corrección:
- a. Apartado A.1.2) del documento de 14 de septiembre de 2009 “Análisis de márgenes ingresos-costes para 4 contratos suscritos por Abertis en 2007 con Antena 3, La Sexta, Veo-TV y Net-TV” (Folios 576 a 578). En la tabla Suma Amortizaciones 2006-2009, en el cálculo de la suma total de cada año por error se ha incluido en el sumatorio de la hoja de cálculo el importe del valor del año correspondiente, por lo que las cantidades totales de cada año se ven incrementadas en 2.006, 2.007, 2.008 y 2.009 euros respectivamente.
 - b. La misma errata referida se ha producido en la tabla Suma Amortizaciones 2006-2009 recogida en el apartado A.1.2.2) del documento de 14 de septiembre de 2009 “Análisis de márgenes ingresos-costes para 3 contratos suscritos por Abertis en 2008 con Telecinco, Sogecable y Net-TV” (Folios 587 a 589)
- (186) Como consecuencia de la introducción en el análisis de los elementos anteriormente señalados, se han obtenido unos resultados que ratifican los ya alcanzados con anterioridad.
- (187) En los apartados siguientes se recoge de manera resumida los resultados de este análisis. Los documentos con el detalle completo de estos cálculos han sido incorporados al expediente (f1169-1187) con fecha 26 de marzo de 2010.
- (188) En cuanto al análisis de márgenes ingresos-costes para los 4 contratos suscritos por Abertis en 2007 con Antena 3, La Sexta, Veo-TV y Net-TV, los resultados del análisis de ingresos, costes y márgenes para cada uno de los cuatro contratos analizados es el siguiente. (Los cálculos completos para alcanzar estos resultados se recogen para cada uno de los 4 contratos analizados en los apartados B), C), D) y E) del documento de 26 de marzo de 2010 “Análisis de márgenes ingresos-costes para 4 contratos suscritos por Abertis en 2007 con Antena 3, La Sexta, Veo-TV y Net-TV” (Folios 1169 a 1180):

Antena 3 contrato de 28.03.2007:

B.3) ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)

MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-1.908,0	-4.098,4	-4.470,2	-930,6	-11.407,3

La Sexta contrato 29.03.2007:

C.3) ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)

MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-1.408,9	-2.914,8	-3.162,7	-666,0	-8.152,4

Vevo TV contrato 29.03.2007:

D.3) ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)

MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-1.289,9	-2.756,1	-3.004,0	-626,4	-7.676,3

Net TV contrato 27.06.2007:

E.3) ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)

MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-626,9	-1.483,0	-1.607,0	-339,4	-4.056,4

(189) *En cuanto al análisis de márgenes ingresos-costes para los 3 contratos suscritos por Abertis en 2008 con Telecinco, Sogecable y Net-TV, los resultados del análisis de ingresos, costes y márgenes para cada uno de los cuatro contratos analizados es el siguiente. (Los cálculos completos para alcanzar estos resultados se recogen en el documento de 26 de marzo de 2010 "Análisis de márgenes ingresos-costes para 3 contratos suscritos por Abertis en 2008 con Telecinco, Sogecable y Net-TV" (Folios 1181 a 1187)).*

Telecinco contrato de 24.01.2008 y Sogecable contrato de 07.03.2008:

B.3) ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)

MÁRGENES ABR08-MAR2010	ABR-DIC 2008	2.009	ENE-MAR 2010	TOTAL
Ingresos contrato 2008 tras descuentos				
Costes Capex+CC+Opex				
Margen Ingreso-Costes	-5,5	-248,1	-46,5	-300,1

Net TV (MUX68) contrato 23.01.2008:

C.3) ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)

MÁRGENES ABR08-MAR2010	ABR-DIC 2008	2.009	ENE-MAR 2010	TOTAL
Ingresos contrato 2008 tras descuentos				
Costes Capex+CC+Opex				
Margen Ingreso-Costes	18,5	-55,7	-8,7	-45,9

(190) Como puede apreciarse los resultados obtenidos son coincidentes con los ya recogidos con anterioridad en el PCH, no viéndose alteradas la valoración jurídica y las conclusiones obtenidas en el mismo.

VI. CONCLUSIONES

(191) La Dirección de Investigación ha procedido a analizar y valorar de manera detallada las alegaciones planteadas por Abertis en relación con el contenido del Pliego de Concreción de Hechos, y ha analizado y valorado asimismo el informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con el citado PCH, algunas de cuyas observaciones coincidían con las de Abertis y han sido debidamente contestadas en los apartados anteriores.

(192) Como consecuencia de algunas alegaciones recibidas se ha procedido a profundizar en el análisis económico recogido en el PCH, en particular al objeto de corregir determinados datos de costes, así como para incorporar la información sobre el coste del capital de acuerdo con lo señalado por la CMT en su informe. Los resultados de estos cálculos confirman los ya realizados inicialmente en el PCH, tanto para el grupo de 4 contratos suscritos por Abertis con los radiodifusores nacionales en 2007 como los 3 contratos suscritos en 2008, analizados en el presente expediente en lo que se refiere a la inclusión en los mismos de determinados descuentos fidelizadores abusivos, todos ellos con objeto de prestar el servicio de transporte y difusión de señales de TDT de ámbito nacional”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. Las cláusulas contractuales que se analizan en el presente caso se enmarcan en unos contratos firmados en 2007, bajo la vigencia de la ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, y otros en 2008, bajo la vigencia de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. El tipo de conducta analizada recibe el mismo tratamiento en ambas normas, y la incoación del expediente se ha realizado el 5 de julio de 2009, habiéndose pues aplicado el procedimiento regulado en la norma en vigor, esto es, la Ley 15/2007. La DI propone que se declare que la conducta analizada supone una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, hasta el 31 de agosto de 2007, del art. 2 de la Ley 15/2007 y una infracción del artículo 102 del tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea, que tiene como presupuesto de aplicación que la conducta afecte a los intercambios comunitarios.

Respecto a la aplicación de la legislación nacional, puesto que el art. 6 de la Ley 16/1989 y el art. 2 de la Ley 15/2007 prohíben la misma conducta, a los efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto, y dado que el Consejo no aprecia que ninguna de las dos sea más favorable que la otra a los intereses del imputado, se aplicará la Ley 15/2007.

Respecto a la aplicación de la legislación comunitaria como ya ha señalado este Consejo en la RCNC 646/08, en la Comunicación-Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario de los artículos 101 y 102 del TFUE de 27/04/2004, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión Europea afirma que las conductas de empresas que ocupan una posición dominante en mercados de ámbito nacional, y específicamente conductas de naturaleza exclusionaria como las imputadas en este expediente, pueden afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión en el sentido del art. 102 TFUE (puntos 93 a 96). En el caso que nos ocupa la conducta descrita sería declarada ilícita por tratarse de una conducta exclusionaria que habría supuesto la elevación de barreras que dificultarían la entrada de empresas de otros Estados Miembros en la provisión de servicios de transporte y difusión de señales audiovisuales de Televisión Digital Terrestre, alterando por tanto las condiciones de competencia no solo en el ámbito nacional sino también en el mercado de la Unión Europea. Procede por tanto que el Consejo analice la ilicitud de la conducta bajo las normas comunitarias.

SEGUNDO.- El objeto de la presente Resolución

El Consejo de la CNC deberá resolver si procede, teniendo en cuenta las alegaciones presentadas por la imputada, resolver la existencia de infracción sobre la propuesta de resolución elevada por la DI en este caso.

La DI de la CNC ha instruido este expediente a raíz de haber sido puesto en su conocimiento, por parte de AXION, una serie de conductas desarrolladas por ABERTIS en la provisión de servicios de transporte y distribución de la señal audiovisual de Televisión Digital Terrestre. Su valoración de los hechos probados le lleva proponer al Consejo que declare que ABERTIS ha abusado de su posición de dominio en los mercados de transporte y difusión de señales de servicio público de televisión terrenal de ámbito nacional, mediante su conducta de ofertar y aplicar, sin justificación objetiva, descuentos abusivos con el efecto de impedir la entrada y la presencia de nuevos competidores en el mercado.

Las conductas analizadas se inician en noviembre de 2006, cuando ABERTIS realiza sus primeras ofertas a operadores de televisión. Estas ofertas contienen una serie de descuentos asociados al régimen transitorio de la TDT. Estos descuentos se extendían hasta marzo de 2010 fecha en que se produciría el denominado “apagón analógico de las televisiones”. Fruto de dichas ofertas,

cuatro operadores de televisión: Antena 3, La Sexta, Veo TV y Net TV, que en 2006 habían firmado contratos con ABERTIS para obtener una cobertura del 80%, firman una adenda a dichos contratos en la que se incluyen los descuentos ligados a la promoción de la TDT, es decir, descuentos ligados a los incrementos de cobertura poblacional establecidos por la regulación hasta alcanzar en abril de 2010 el 96% de cobertura. En dichas adendas también se extendía la duración del contrato hasta 2015 y se incluía un descuento adicional por valor del 2.5% de lo facturado el año anterior, siendo aplicado a año vencido. En 2007, tres radiodifusores/operadores de TV: Sogecable, Telecinco y Net TV (por un segundo canal) firmaron con AXION sus respectivos contratos para obtener los servicios que le permitieran incrementar la cobertura desde el 80% hasta el 85%, es decir por un 5% adicional. Estos mismos tres radiodifusores promovieron en 2007 un concurso para obtener la provisión de servicios necesarios para la totalidad de la cobertura poblacional exigida por la regulación según los hitos marcados en la misma. Tras la convocatoria de dichos concursos, finalmente estos tres radiodifusores firmaron en 2008 nuevos contratos con ABERTIS en virtud de los cuales todo el servicio, es decir desde el 0% al 96%, sería prestado por ABERTIS hasta el año 2016. En estos tres contratos se incluyeron las mismas cláusulas que habían sido incluidas en las adendas firmadas por los otros cuatro operadores sobre los contratos de 2006, es decir, los descuentos promocionales ligados a la TDT, que deberían ser devueltos en caso de rescisión anticipada unilateral por parte de los radiodifusores y el descuento adicional del 2.5% sobre la facturación de cada año vencido.

La DI ha realizado una valoración cuantitativa respecto a los precios efectivos que ABERTIS había aplicado en dichos contratos y una valoración de los costes en los que ha incurrido al pasar de ofertar una cobertura del 80% al 96%. Si bien el método de análisis empleado por la DI para los contratos de 2007 difiere del aplicado a los de 2008, la confrontación de ambas variables le lleva a valorar que en ambos casos dichos precios efectivos se sitúan por debajo de costes, generándose pues márgenes negativos para ABERTIS. Nos encontramos ante una práctica de *“descuentos fidelizadores abusivos a todas las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito nacional, en los mercados de prestación de servicios de transporte y difusión de señales de televisión de ámbito nacional”*. Igualmente valora la DI que (i) se ha producido la expulsión de un competidor, *“La conducta de Abertis durante el proceso de contratación del proveedor de servicios por parte de 3 radiodifusores nacionales a finales de 2007 y principio de 2008, ha provocado igualmente la expulsión del mercado de Axion, que solamente pudo mantener su presencia en el mismo durante un breve periodo de 8 meses y para una porción del mercado muy reducida (cobertura de un 5% de la población para 7 programas), tal y como ha quedado señalado de manera detallada más arriba. La conducta de Abertis no solo ha tenido el efecto de impedir la entrada de sus competidores y la rápida expulsión del mercado del único operador que pudo captar una pequeña y reducida cuota de mercado durante un breve periodo de tiempo. También ha provocado un cierre del mercado en el futuro al exigir a sus*

clientes la devolución de los importes descontados.”; (ii) no hay justificación objetiva para la conducta, pues “los descuentos por promoción de la TDT aplicados por Abertis en los dos momentos temporales señalados y en los 7 contratos analizados no obedecen a ninguna contraprestación económica concreta que los justifique, no responden a ninguna mejora o ganancia en la eficiencia, ni tampoco ha aportado Abertis justificación objetiva válida para los mismos; y (iii) que se trata de unos descuentos con claros efectos de fidelización porque “alcanzan una cuantía significativa con una prolongada duración”.

También la DI remarca el contexto en el que se produce la conducta, señalando que: “... la actuación de Abertis presenta una especial gravedad puesto que se desarrolla en un contexto en el cual la competencia en el mercado se encuentra especialmente debilitada, teniendo en cuenta que Abertis cuenta con una cuota de mercado del 100% en los mercados afectados, y que la posibilidad de entrada al mercado está restringida a escasas ventanas de oportunidad.”

Por su parte ABERTIS ha presentado sus alegaciones a esta propuesta de resolución, y también ha solicitado el acceso a los contratos de AXION con el objeto de poder comparar las condiciones comerciales ofrecidas por ambos operadores. En respuesta a dicha solicitud de ABERTIS, en el marco del procedimiento de solicitud de prueba y vista el Consejo accedió a darle vista de las condiciones comerciales económicas contenidas en dichos contratos.

Como alegación primera ABERTIS solicita que le sea aplicado el principio de non bis in ídem, pues dada la existencia de la Resolución sancionadora del Consejo de la CNC de 19 de mayo, RCNC 646/08 AXION/ABERTIS, concurren en su opinión los requisitos establecidos por la jurisprudencia, y por el artículo 133 de la LRJAP-PAC, para su aplicación.

Su segunda alegación se basa en la errónea metodología empleada por la DI y la no existencia de márgenes negativos. En concreto ABERTIS se centra en la metodología seguida por la DI para analizar si los descuentos fueron abusivos, de forma que: (i) se debería haber computado todo el tiempo de vigencia de los contratos; (ii) se trata de una demanda contestable, al menos la referida a los contratos de 2008, y por tanto el test que hay que aplicar para analizar el abuso es un test de “predación” que emplee un estándar de costes incrementales a largo plazo y (iii) en caso de partir de un mercado no contestable debe aplicarse el test de apalancamiento para analizar el abuso. Según ABERTIS, de haberse utilizado las variables y parámetros adecuados los resultados del estudio de ingresos y costes serían distintos a los contenidos en la PR, pues todos los márgenes serían positivos y por tanto ABERTIS no habría ofrecido nunca sus servicios a pérdida. Si los márgenes son positivos no se da el presupuesto imprescindible para demostrar el abuso, que es la existencia de márgenes negativos. Por último alega la existencia de una justificación objetiva para los descuentos realizados por ABERTIS debido a las eficiencias que se consiguen con esta política de descuentos, ya que se reparten los riesgos entre

ABERTIS y las TV de forma más eficiente y se dota de incentivos al desarrollo exitoso de la TDT.

En sus alegaciones finales, con objeto de realizar su valoración sobre las pruebas propuestas y aceptadas por el consejo, ABERTIS alega que ha habido un levantamiento parcial de los contratos en cuestión que no le permite ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Ello no obsta para que tras la realización de la prueba admitida valore que se *“demuestra fehacientemente que AXION es un competidor tan eficiente como ABERTIS y que por ende, ABERTIS no ha podido incurrir en abuso exclusionario alguno”*. Basar tal afirmación en que los contratos de AXION tenía una duración superior a la firmada por ABERTIS; que AXION tenía penalizaciones muchísimo más elevadas por resolución anticipada; y que también tenía descuentos de diversos tipos y, que aunque *“Dada la variedad de los descuentos, es difícil cuantificar el valor de los mismos, de una simple comparación, se puede deducir que AXION ofrecía descuentos superiores a los de Abertis”*.

TERCERO.- El carácter abusivo de la conducta analizada.

La posición de dominio

Se trata de una imputación por infringir el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, esto es, por haber abusado de la posición de dominio que ostenta en el mercado analizado sin que pueda encontrarse una justificación objetiva para la conducta. Debe procederse pues analizando la concurrencia de los elementos de este tipo infractor, como son la delimitación del mercado afectado, en su doble vertiente de mercado de producto y mercado geográfico, la posición de dominio del imputado en dicho mercado, el carácter abusivo de la conducta, y por último el elemento de la justificación objetiva.

La DI, en su PCH, analiza suficientemente el elemento del mercado relevante, concluyendo que son los mercados de transporte de la señal audiovisual y el de difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (digital o analógica) en el ámbito nacional, los mercados relevantes a efectos del presente expediente. En dicho ámbito la DI acredita igualmente la posición de dominio de ABERTIS. Al igual que en el expediente 646/08 ABERTIS/AXION, y como señaló el Consejo en su Fundamento de Derecho Quinto, la delimitación del mercado relevante realizada por la DI no ha sido objetada por ABERTIS en el marco del actual expediente, ni tampoco su posición de dominio en dicho mercado. Tampoco el Consejo discrepa de dicha delimitación y posición de ABERTIS, dando por reproducidos aquí los argumentos expresados en el FD Quinto de la citada RCNC 646/08 con respecto a la real pero limitada presencia temporal de AXION como oferente en este mercado y con respecto a los factores que de hecho concurren en el mercado para que, a pesar de no existir barreras legales de entrada, se produzca de facto una barrera real de entrada dada la irreplicabilidad de la red de ABERTIS. Cabe además señalar que ABERTIS ha sido designado como operador con poder significativo de mercado en la revisión del antiguo mercado 18 en función de la Resolución del 21 de

mayo de 2009 de la CMT, imponiéndole nuevas obligaciones ex ante en materia de interconexión y acceso con miras a favorecer un mercado más competitivo.

La conducta

Establecido por tanto la posición de dominio de ABERTIS procede valorar el carácter abusivo de la conducta. En el presente caso la DI plantea que ABERTIS ha incurrido en un abuso de esa posición de dominio al haber aplicado en un mercado con demanda cautiva, rígida o no contestable, unos descuentos a sus clientes sobre las tarifas iniciales que determinan un precio efectivo para el servicio incremental que, al ser confrontado con los costes en los que incurre el operador por la prestación del servicio, le llevan a obtener unos márgenes negativos en su actividad productiva. Dichos descuentos suponen una fidelización de los clientes, y ningún operador igualmente eficiente en este mercado pueda entrar o mantenerse en el mismo. Se trata pues de una conducta excluyente basada en el precio incluida en la Comunicación de la Comisión de febrero de 2009 denominada “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02)”.

Sobre los contratos firmados en 2007

La DI analiza las adendas contractuales de los contratos de 2007 sobre los de 2006 para cuantificar (i) los ingresos que le reportaban a ABERTIS los contratos firmados en 2006 en los que el servicio vendido en los cuatro contratos analizados era la cobertura del 80%; (ii) los ingresos que le reportan los contratos en vigor, es decir los firmados en 2007 que modifican el precio y la cobertura ofertados en 2006, y en virtud de los cuales se contratan los servicios necesarios para cubrir los incrementos de cobertura exigidos a los radiodifusores regulatoriamente (del 80 al 96%) y se fijan nuevos precios; y (iii) los costes en los que incurre ABERTIS para poder prestar esas nuevas coberturas del 80% al 96%.

Tomando como periodo de análisis el tiempo de duración de los descuentos (hasta abril de 2010) pese a que de los contratos finalizan en 2015, la DI analiza el precio efectivo que ABERTIS está aplicando al incremento de cobertura desde el 80% hasta el 96%, concluyendo que el precio efectivo por prestar dichos incrementos de cobertura es de 43.700 € para ANTENA 3 por tres canales; -518.500 € para La Sexta por dos canales; -42.300 € para Veo TV por dos canales; y -239.400 € por un canal, es decir en estos tres últimos contratos se paga menos por contratar toda la cobertura desde 0% hasta 96% con el contrato de 2007 que lo que pagaba por la cobertura del 80% con el contrato de 2006.

En ese mismo periodo de análisis la DI computa la parte proporcional a amortizar de los costes en los que ABERTIS ha incurrido para poder dar ese incremento de cobertura. Las diferencias entre los precios efectivos del párrafo anterior y los costes que ABERTIS se podría haber evitado si no hubiese ofrecido ese nuevo servicio de incrementos de cobertura (corregidos los errores

detectados y alegados por ABERTIS al PCH y por la CMT), llevan a la DI a calcular los siguientes márgenes negativos en los que incurre ABERTIS tras la firma de los contratos de 2007 y que son: -11.1 millones de euros en el contrato con A3, -8.1 millones de euros en el contrato con La Sexta, -7.6 millones de euros en el contrato con Veo TV y -4.0 millones de euros en el contrato con Net TV.

Al margen de los errores detectados y que fueron corregidos por la DI, ABERTIS alega que el método aplicado es erróneo. Parte de que los contratos de 2007 deben ser analizados bajo el hecho de estar ante un mercado no contestable y que por tanto se debería aplicar un test de apalancamiento. Dicho test consiste en demostrar que el precio efectivo está por debajo de los costes incrementales o evitables, para lo que procede calcular el precio efectivo, la parte contestable de la demanda y el periodo de referencia. En sus alegaciones sostiene que de haberse aplicado así los precios efectivos serían superiores a los costes incrementales y por tanto no habría evidencia del abuso.

El Consejo ha constatado que la DI ha tomado como base los costes aportados por ABERTIS, costes en los que valora que ha sido necesario incurrir para pasar de prestar el 80% de cobertura al 96%, y que los mismos pueden ser aceptados como los costes evitables con los que hay que comparar el precio efectivo. Así mismo considera el Consejo que la DI ha aplicado el test que ABERTIS alega como el adecuado al caso, ya que parte de que el 80% de la demanda es no contestable, y precisamente el disponer de esa demanda no contestable (firmada en los contratos de 2006 sometidos a penalización por rescisión anticipada y a una larga duración) es lo que le permite hacer un apalancamiento sobre dichos ingresos y poder aplicar los descuentos que aplica para pasar del 80% al 96%, tal y como se recoge en el § 171 del PCH: *“Es necesario señalar que para las diferentes fases de cobertura previstas en el PTNTDT, el precio correspondiente al hito inicial de cobertura del 80%, representa una proporción significativa del precio del servicio para las diferentes fases. En particular, al tratarse de una evolución progresiva de la cobertura, Abertis tenía la capacidad de apalancarse sobre los ingresos derivados de los contratos de los que ya disponía con todos los radiodifusores privados de ámbito nacional para proporcionar la cobertura del 80%, y a partir de ello poder aplicar descuentos para conseguir los contratos correspondientes a los nuevos hitos de cobertura previstos en el PTNTDT. El resto de operadores no disponían de esta ventaja lo que les imposibilitaba replicar dichas ofertas, poniéndose de manifiesto el carácter exclusionario de los mencionados descuentos.”*

Con respecto al periodo temporal alega ABERTIS, y la CMT comparte el mismo criterio, que debe considerarse todo el periodo contractual, por cuanto se trata de un mercado en el que la prestación del servicio requiere importantes inversiones y el periodo deberá ser aquel en el que sea más probable que los clientes basen sus decisiones de consumo y los oferentes amorticen sus activos.

El Consejo no comparte con ABERTIS que deban ignorarse las condiciones contractuales de 2006 porque no estén en vigor, pues la realidad de los hechos es que los descuentos ofrecidos por ABERTIS están condicionados a mantener la cobertura del 80% contratada en el 2006. Es por tanto un descuento no solo sobre la nueva cobertura, sino también, y sobre todo, sobre la del 80% pero condicionado a que se contrate la adicional del 80% al 96%. Es decir, el cliente podría optar por quedarse con la cobertura del 80 % a precios del 2006, es decir, sin ningún descuento, o por contratar toda la cobertura con ABERTIS a precios del 2007. El hecho es que el 80% resultaba incontestable, pues la rescisión unilateral del cliente implicaba que este debiera pagar la penalización pactada en 2006, importe que directamente debería sumarse al precio que acordase con un nuevo operador, tal y como se argumentó ya en el expediente 646/08. Adicionalmente, a incontestabilidad se ve aun mas reforzada por la existencia de restricciones orográficas (que limitan los posibles emplazamientos) y regulatorias que pueden concurrir para que un nuevo entrante pueda realizar bien los nuevos emplazamientos, bien los accesos de terceros a la red de ABERTIS (en régimen de coubicacion o interconexión), necesarios para poder ofertar una cobertura del 80%. Por ello el Consejo valora que en caso presente concurren los elementos necesarios para analizar la conducta como una conducta basada en los descuentos contenidos en el contrato de 2007 con carácter fidelizador, esto es una conducta exclusionaria basada en precios.

Quedaría por valorar si otras cuestiones como los costes, precios y periodos considerados, son igualmente correctos. Respecto a los costes, tal y como se deduce de la PR, la DI ha tenido en cuenta tanto los costes operativos (Opex) como las inversiones realizadas (Capex) para ofertar la cobertura de 80% al 96%, costes ambos que por su naturaleza pueden ser reconocidos como costes evitables, y por tanto válidos para aplicar el test que corresponde a la conducta analizada. De igual forma el precio efectivo por el servicio adicional debe ser solo el precio que se cobra por la cobertura adicional, es decir por pasar del 80% al 96%, pues ese es el precio que el cliente debe satisfacer, y ese precio se obtiene de la diferencia de precios que debe pagar por toda la cobertura y el que debía pagar por la cobertura del 80 % según los contratos de 2006.

Por último, respecto al periodo contractual para el análisis de la conducta, el Consejo entiende que no es un tema pacífico, y que hasta el momento éste ha venido siendo aplicado, por las distintas instituciones que se han pronunciado (CE-COMP/38.233-Wanadoo Interactiva; TPI-T340/03 France Telecom,...), adaptándose a la realidad específica de cada caso. El Consejo ha realizado el ejercicio sugerido por ABERTIS, y ha recalculado, para uno de los contratos, los parámetros de márgenes considerando no solo todo el periodo contractual sino corrigiendo todos los supuestos errores alegados por ABERTIS a la PR, que llevan a una reducción del nivel de los costes evitables (alegan la cuantía en la que los que los Capex deben reducirse; que por pasar del 80 al 85% no hay costes incrementales; y que los costes incrementales del 85% al 96% son

de menor cuantía). Ello lleva a que los costes evitables anualizados en todo el periodo son inferiores a los considerados en la PR, pero aun así el margen anual se mantiene significativamente negativo durante todos y cada uno de los años hasta 2015.

En definitiva, el Consejo observa que, realizados numerosos ejercicios a lo largo del expediente, entre los que se incluyen los sugeridos por la propia ABERTIS, los resultados obtenidos arrojan sucesivamente resultados de márgenes negativos, todo lo cual, le llevaría a confirmar que los descuentos ofrecidos por ABERTIS en el marco de los contratos de 2007 son descuentos condicionados que llevan a un efecto exclusionario y que se realizan desde una clara posición de dominio, por lo que en ausencia de justificación objetiva deberían ser declarados contrarios al artículo 2 de la LDC y al artículo 102 del TFUE.

ABERTIS ha tratado de demostrar que los márgenes son positivos mediante la aportación de un informe económico que aporta nuevos datos agregados de OPEX y CAPEX. En este ejercicio se emplean unos nuevos costes operativos que presenta ABERTIS, sin justificación alguna en sus alegaciones a la PR y que son significativamente inferiores a los que ABERTIS presentó ante el correspondiente requerimiento de información de la DI. Dada la opacidad de las partidas que componen estos nuevos datos agregados, y del método aplicado para anualizarlos, el Consejo no puede realizar valoración alguna de estos resultados.

Es importante recordar que las Orientación de la CE sobre el 102 establecen que para valorar el efecto de cierre de mercado de este tipo de descuentos los mismos no tienen por qué entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante, a diferencia de la valoración de los precios predatorios.

En todo caso, el Consejo llama la atención sobre el hecho de que de aceptarse los cálculos de ABERTIS en su totalidad, que nos llevarían a la existencia de márgenes positivos incluidos los descuentos, aún resultaría menos justificable, si cabe, el que todos estos contratos exijan la devolución de las cantidades descontadas en caso de rescisión anticipada. La devolución de dichas cantidades ha venido justificada por parte de ABERTIS en el hecho de que si se produce una rescisión anticipada no daría tiempo a que ABERTIS pudiese recuperar las inversiones realizadas para dar el servicio contratado. Pues bien, si lo que ahora se mantiene es que al considerar el período completo los márgenes obtenidos son positivos, ello implicaría que existe un momento en el tiempo, previo a la finalización de los contratos, en los que ya se han recuperado los costes en los que se ha incurrido, momento a partir del cual se entra en beneficios. Por tanto la devolución de las cantidades descontadas y su cuantía, debería, en todo caso, depender del momento en que se produce la rescisión unilateral con respecto al momento temporal en el que se produjese la resolución unilateral. Por el contrario, la exigencia de la devolución total de los descuentos, independientemente del momento en el que se produjese la rescisión y en un escenario en que el beneficio neto de descuentos es positivo, supone una penalización para los clientes que quieran cambiarse y, con ello,

un coste para cualquier potencial entrante, al menos hasta el año 2015, es decir, no es sino una barrera de entrada. Esta barrera de entrada fue analizada y tratada por el Consejo en la RCNC 646/08, pues opera de forma idéntica a la penalización por rescisión anticipada contenida en los contratos de 2006 sancionados en dicha resolución. En resumen, lo analizado hasta el momento no haría sino reforzar la acreditación de que ABERTIS ha venido levantando barreras a la entrada de posibles competidores, imponiendo a sus clientes un pago por la rescisión de los contratos que necesariamente se convierte en un coste desproporcionado a asumir por el entrante si realmente quiere conseguir captar clientes del incumbente.

Sobre los contratos de 2008

Los contratos firmados por ABERTIS con Sogecable, Telecinco y Net TV fueron formalmente contratos *ex novo* en los que se contrata el suministro del 85% de cobertura y los posteriores incrementos que marquen los hitos regulatorios, a diferencia de lo actuado con otros operadores de TV como Antena 3, La Sexta, Veo TV y Net TV (para un canal) con quienes se hicieron adendas sobre sus respectivos contratos de 2006 en los que habían contratado el 80% del suministro. Esta diferencia se debe a que estos tres operadores habían decidido en 2007 abrir un proceso de adjudicación para el total de la cobertura a la que viniesen obligados regulatoriamente según los distintos momentos temporales. Y ello lleva a que formalmente, y al menos en teoría, toda la demanda fuese susceptible de ser catalogada como demanda contestable. Ante esta situación el análisis realizado por la DI comprende: (i) una valoración de los ingresos totales que genera el contrato suscrito en 2008, anualizado; (ii) una valoración de los costes Capex y Opex en los que se ha incurrido para poder ofrecer la totalidad de la cobertura y su correspondiente amortización anual; y (iii) una valoración de su margen anual como diferencia de los dos conceptos anteriores. El resultado, una vez corregidos por la DI los errores contenidos en el PCH, son una pérdida de 300.100 € en cada uno de los contratos de Telecinco y Sogecable y una pérdida de 45.900 € en el contrato firmado con Net TV.

En sus alegaciones ABERTIS considera que el método de valoración de la DI es erróneo; que ante la ausencia de una demanda no contestable el test que procede realizar para ver el carácter abusivo de la conducta es un test de precios predatorios; que no se calculan los costes evitables o incrementales a largo plazo como debería ser para aplicar este test, sino los costes completamente distribuidos; y que por todo ello la DI no ha acreditado existencia alguna de evidencia de precios predatorios.

El Consejo constata que en 2008 se firmaron efectivamente contratos *ex novo* en los que se fijaron los precios en función de la cobertura total servida y un descuento mensual fijo durante 24 meses, a contar desde abril de 2008 a marzo de 2010. Ahora bien, también es un hecho que hasta la firma de dichos contratos los que estaban en vigor eran los respectivos contratos de estos mismos operadores firmados en 2006 con ABERTIS y cuyo contenido contractual era idéntico al del resto de los contratos firmados por ABERTIS ese

año de 2006. Es decir, estos tres operadores venían obligados a pagarle a ABERTIS una penalización por rescisión anticipada si decidían resolver dichos contratos antes de su vencimiento en el año 2011, conducta sancionada en la RCNC 646/08. Y es igualmente un hecho que en el año 2008 se mantenían las mismas barreras de entrada derivadas de la existencia de restricciones orográficas (agotamiento de emplazamientos) y regulatorias (acceso a la red de Abertis) que, como antes ha señalado el Consejo, pueden dificultar o impedir la entrada de un nuevo competidor. Todo ello le lleva al Consejo a valorar que el contexto en el que se realizaron los contratos de 2008 era económica, y regulatoriamente, el mismo que el que existía en el momento de firmar los contratos de 2007 y por ello al menos la demanda para la cobertura del 80% era claramente una demanda no contestable, por lo que el análisis del carácter abusivo de la conducta reflejada en estos contratos de 2008 debería haberse realizado bajo los mismos parámetros que la empleada en el análisis de los contratos de 2007.

Por las razones que se exponen en el siguiente Fundamento de Derecho, el Consejo, considera innecesario tal análisis.

El definitiva, el Consejo aprecia que los descuentos aplicados por ABERTIS en el marco de las ofertas realizadas en 2006 y en 2007 a los distintos radiodifusores/operadores de TV, y que finalmente se materializaron en las respectivas cláusulas contractuales de los contratos firmados en 2007, modificando los todavía en vigor de 2006, y los contratos firmados en 2008, constituyen unos hechos susceptibles de ser valorados como una conducta abusiva exclusionaria basada en el precio, bajo la figura de los descuentos condicionales que pueden tener efectos reales o potenciales de cierre de mercado, similares a los de las obligaciones de compra exclusiva, como figuran descritas en la Comunicación de la Comisión de febrero de 2009 denominada “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02)”.

CUARTO.- La aplicación del principio de *non bis in ídem*

En su alegación primera ABERTIS se centra en “*La imprescindible y necesaria aplicación del principio de non bis in ídem*”. Argumenta que dentro de unos mismos contratos, los de 2008, la DI decidió analizar unas cláusulas (duración excesiva y existencia de penalización por rescisión unilateral) en el expediente 646/08 que dio lugar a la *RCNC 646/08 AXION/ABERTIS de 19 de mayo de 2009* y otras cláusulas (descuentos por la ampliación de cobertura de la TDT) en el presente expediente, y que sin embargo (a) en la resolución 646/08 el Consejo de la CNC ya tuvo en cuenta los descuentos por la ampliación de cobertura de la TDT; (b) en ambos expediente se analizan los mismos contratos; (c) los objetos de ambos expedientes sancionadores son los mismos, analizar el impacto de las cláusulas contractuales sobre la entrada de un competidor como AXION; (d) la propia denunciante, AXION, denunció estos descuentos en un escrito complementario a la denuncia primera que ocasionó el expediente 646/08 en lugar de hacer una nueva denuncia; y (e) en la actual

PR existen numerosas referencias a lo ya descrito o analizado en la resolución 646/08. En su opinión se cumplen los requisitos para la aplicación del principio de *ne bis in ídem* en el presente caso, como son la identidad del sujeto, la identidad de hechos, y la identidad de fundamento.

En resumen, habría identidad de sujeto, pues ABERTIS es el único sancionado en dicha resolución y el único imputado en el caso presente. Habría identidad de hechos, la inclusión de cláusulas con efectos supuestamente exclusionistas en los contratos con las TV, y por último habría identidad de fundamento pues *“en ambos expedientes la conducta supuestamente abusiva consistía en fijar unas condiciones comerciales con las televisiones para la difusión de la TDT que supuestamente pretendía excluir a Axiom del mercado”*.

Por el contrario la DI considera, respecto a los contratos aquí analizados del 2007, que estos contratos no han sido analizados ni valorados en el Expediente 646/08, y que se trata por tanto del análisis de unas ofertas y de unos contratos que en ningún momento habían sido objeto de análisis o resolución por parte de la CNC con anterioridad. Respecto a los contratos de 2008 señala que lo que se analiza aquí son las cláusulas que se refieren a los *“descuentos por promoción de la TDT recogidos en los 3 contratos suscritos en 2008 por Abertis con Telecinco, Sogecable y Net TV, y que dichos descuentos tampoco han sido objeto de análisis o valoración por la Dirección de Investigación en el marco del expediente 2644/05, aunque su existencia se mencione en el citado expediente”*.

En su opinión la RCNC 646/08 ha analizado los aspectos relacionados con la duración contractual y las penalizaciones por resolución anticipada de cinco contratos de 2006 y 3 contratos de 2008, así como los descuentos por contratación conjunta frente a la contratación por placas regionales ofertados por Abertis en 2006 para la cobertura del 80% de la población. Es por ello que la DI se habría limitado a analizar una nueva conducta por parte de Abertis, concretamente la oferta y aplicación por parte de Abertis de descuentos abusivos de carácter fidelizador a sus clientes, todo ello en el marco de un proceso de contratación por parte de los radiodifusores nacionales de prestaciones adicionales (ampliación de cobertura TDT) a la que ya tenían contratada con Abertis (cobertura TDT del 80% de la población). Por ello, en su opinión, las condiciones de aplicación de estos descuentos, con la obligación de devolución a Abertis de todas las cantidades descontadas en caso de resolución del contrato, constituyen una nueva barrera de entrada al mercado impuesta por Abertis y con una prolongada duración.

En la resolución RCNC 646/08 el Consejo expresó su criterio sobre como procedía valorar la concurrencia del uso de distintos instrumentos como son las distintas cláusulas de un mismo contrato y distintos contratos con igual tipo de cláusulas y expresó textualmente que: *“El Consejo considera que la valoración realizada por la DI, de toda la actividad de orden contractual desplegada por ABERTIS a lo largo del periodo examinado, es consistente con*

la necesidad de examinar las conductas de abuso de posición dominante, no tanto por la forma que adoptan, como por los efectos que pueden producir sobre la competencia en el mercado. Un mismo efecto anticompetitivo –la exclusión anticompetitiva del mercado de un competidor efectivo mediante la fidelización del cliente– 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 pactado vinculados a una excesiva duración del contrato (contratos de ABERTIS de 2008). En consecuencia, resulta conforme a Derecho analizar globalmente la estructura contractual descrita con el objeto de poder apreciar todo su potencial efecto exclusionario a los efectos de los arts. 82 TCE y 6 LDC, para a continuación valorar si, con todo, ese efecto exclusionario conseguido por la vía de fidelizar o capturar al cliente (imponiendo elevadas penalizaciones por rescisión anticipada o concediendo elevados descuentos asociados a la mayor duración del contrato; esto es, imponiendo elevados costes de cambio de proveedor) está objetivamente justificado en las inversiones necesarias para prestar el servicio contratado en las condiciones pactadas y, por tanto, no se puede considerar anticompetitivo.” (Subrayado añadido).

En la RCNC 646/08 el Consejo analizó la conducta abusiva de Abertis y sus efectos exclusionarios. Por simplificar el análisis, en la actualidad se analizan por la DI otros contratos pero ellos no constituyen nuevas conductas de exclusión que puedan ser consideradas independientes. Todos los contratos, los analizados entonces y los analizados ahora responden a una unidad de propósito de un mismo sujeto, a un actuar de ABERTIS que se prolongó en el tiempo dirigido a dificultar o impedir la entrada de un competidor, AXION. Se trata de un comportamiento que ABERTIS fue desarrollando a medida que AXION intentaba entrar en el mercado, por lo fue plasmándose según su necesidad de celebrar nuevos contratos con las distintas TV, o de modificar los existentes, y el hecho de no haber analizado explícitamente algunos de esos contratos en la anterior RCNC no impide apreciar la existencia de bis in ídem.

En definitiva, los documentos que ahora ha analizado la DI constituyen otras manifestaciones de la conducta abusiva de Abertis ya sancionada, pero no una nueva conducta que pueda ser objeto de una nueva sanción.

Por todo ello el Consejo aprecia que concurren en el caso presente los requisitos necesarios para declarar de aplicación el principio de non bis in ídem a las conductas analizadas por la DI en el caso presente.

QUINTO.- Sobre el efecto único de la conducta y la remoción de dicho efecto anticompetitivo.

El resultado de la estrategia de ABERTIS es que solo él opera en la actualidad en la provisión de transporte y difusión de la señal audiovisual de TDT de ámbito nacional, es decir, AXION finalmente ha salido del mercado. Esto ha sido fruto de una conducta exclusionaria sancionada por el Consejo en su

RCNC 646/08 y materializada a través de las diversas cláusulas contractuales firmadas por ABERTIS en sus distintos contratos, una conducta única que lleva a la aplicación del principio de non bis in idem.

Recordemos que el Consejo expresó en la RCNC 646/08, en el Fundamento de Derecho Undécimo de dicha resolución, que las multas impuestas por la conducta sancionada no eran suficientes para reparar el daño anticompetitivo causado, y por ello, sobre la base del artículo 46.2 LDC dictó el Resuelve Quinto de la citada resolución, en virtud del cual se intimó a ABERTIS para que se abstuviera de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente. Por ello, en la medida en la que, como argumenta Abertis con carácter principal, se considera que los contratos analizados por la DI forman parte de la conducta anteriormente sancionada resulta evidente que las obligaciones dimanantes de la RCNC 646/08 son de obligado cumplimiento para ABERTIS sobre todos los contratos que mantengan en vigor este tipo de cláusulas, ya sean los analizados en este expediente, o cualesquiera otros de similar naturaleza que haya firmado, puesto que configuran la conducta abusiva ya sancionada. Por ello la DI, en sus funciones de vigilancia, debe velar por que las obligaciones disuasorias de la conducta abusiva, en toda su extensión, es decir referidas igualmente a estos y a cualesquiera otros contratos de igual naturaleza, sean objeto de cumplimiento por Abertis.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la CNC, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que la conducta de ABERTIS TELECOM S.A.U. objeto del presente expediente ya ha sido sancionada por constituir una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE en la Resolución de la CNC de 19 de mayo de 2009 recaída en el expediente 646/08.

SEGUNDO.- Interesar de la Dirección de Investigación que extienda la vigilancia de la citada Resolución de 19 de mayo de 2009 a las cláusulas de los contratos analizados en el presente expediente por constituir parte de la conducta ya sancionada, en particular en lo que hace referencia al Resuelve Quinto de dicha Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

