



RESOLUCIÓN

(EXPTE. 646/08, AXION/ABERTIS)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

Madrid, a 19 de mayo de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador nº 646/08 AXION/ABERTIS (Expte. nº 2644/05 de la Dirección de Investigación de la CNC; DI), que trae causa de la denuncia presentada por RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, SA (AXION) contra ABERTIS TELECOM, SAU (ABERTIS), en el que se imputa a la empresa denunciada la realización de conductas exclusionarias prohibidas por el art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que tendrían por objeto y efecto impedir la entrada del denunciante u otros competidores potenciales en el mercado de difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (analógica o digital) de ámbito nacional, en el que es operador dominante.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC; Ahora, DI) denuncia presentada por AXION contra ABERTIS, por la realización de supuestas conductas prohibidas por los arts. 6 LDC de 1989 y 82 del TCE, consistentes en la realización de prácticas abusivas de su posición dominante con el objeto de impedir la entrada del denunciante en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual.



2. Tras la realización de diversas diligencias de información reservada, mediante Providencia de 27 de febrero de 2006, el SDC acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador contra ABERTIS, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los arts. 6 LDC y 82 TCE. Por nueva Providencia de 25 de septiembre de 2006, el SDC declara interesados en el expediente a SOGECABLE, SA, GESTEVISIÓN TELECINCO, SA, ANTENA 3, SA, NET TELEVISIÓN, SA y VEO TELEVISIÓN, SA.
3. Por Providencia del instructor del expediente sancionador de fecha 16 de enero de 2007 se formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), en el que se imputa a ABERTIS tres conductas de abuso de posición dominante prohibidas por los arts. 6 LDC 1989 y 82 TCE: 1ª) la conducta consistente en exigir sin justificación objetiva cuantiosas penalizaciones a su clientes en el caso de rescisión anticipada de los contratos, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores; 2ª) la conducta de pactar con su cliente VEO TV una duración injustificadamente larga del contrato de prestación de servicios a cambio de un descuento, con el efecto de sustraer a este cliente a la posible acción comercial de los competidores; y 3ª) la conducta de ofrecer sin justificación objetiva descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos lo territorios o placas regionales en que podría subdividirse, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.
4. Con fecha 14 de febrero de 2007, a la vista de hechos posteriores al PCH (concretamente, del informe remitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de los contratos firmados por dos operadores de televisión con AXION, y teniendo en cuenta las alegaciones de ABERTIS), el Instructor propuso el sobreseimiento del expediente, que finalmente fue acordado por el Director del SDC mediante acuerdo de 5 de marzo de 2007. En este acuerdo se concluye que el principal fundamento del sobreseimiento es la inexistencia de efectos de las prácticas de cierre de mercado imputadas, en tanto que AXION había podido entrar en el mercado relevante mediante la firma con dos de los clientes, en un mercado caracterizado por un muy limitado número de clientes potenciales. Además, se afirma que cada una de las prácticas imputadas podrían estar objetivamente justificadas, por las inversiones necesarias para prestar el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual digital, o por las economías de que permite la prestación del servicio a todo el territorio nacional en vez de hacerse por placas regionales, o porque el pacto sobre la rescisión unilateral anticipada con penalización se puede interpretar en sentido pro competitivo. En estas circunstancias, la DI concluye que el principio de presunción de inocencia conduce a que no pueda sostenerse la calificación de dichas prácticas como una conducta abusiva, procediendo por ello el sobreseimiento del expediente sancionador.
5. AXION, TELECINCO y SOGECABLE (mediante escritos todos ellos de 16 de marzo de 2007) interpusieron ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) recurso frente al referido acuerdo del SDC de fecha 5 de marzo de 2007



de sobreseimiento del expediente sancionador nº 2644/05, solicitando del TDC su revocación y la devolución del expediente al SDC para que prosiga su instrucción. Por Providencia del Pleno del TDC de 30 de marzo de 2007 de admisión a trámite de los tres expedientes de recurso (nº R 720/07, nº R 721/07 y nº R 723/07) se acordó también su acumulación al primero de ellos.

6. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, que deroga la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, crea la Comisión Nacional de la Competencia y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición transitoria primera, núm. 1 de esta Ley 15/2007 dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de su entrada en vigor se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio; esto es, la LDC de 1989.
7. El expediente del recurso nº R 720/07 (y acumulados R 721/07 y R 723/07) fue resuelto por el Consejo de la CNC mediante Resolución de fecha 6 de noviembre de 2007, en el sentido de estimar los recursos y, en consecuencia, revocando el acuerdo de sobreseimiento del SDC de 5 de marzo de 2007 objeto de recurso, interesando de la DI la continuación del procedimiento llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para concluir el esclarecimiento de las cuestiones expresadas en las Fundamentos de Derecho de la Resolución. En particular, que la firma de contratos por parte de AXION con TELECINCO y SOGECABLE no es motivación suficiente para concluir que no ha existido práctica de abuso de posición dominante, y que recae sobre la parte que alega la existencia de una justificación objetiva para su conducta la carga de acreditarlo.
8. Con fecha 23 de noviembre de 2007, la DI acuerda la continuación del expediente sancionador nº 2644/05. Realizadas diversas diligencias de prueba, con fecha 11 de abril de 2008 la DI formuló PCH en el que se imputa a ABERTIS la infracción de los arts. 6 LDC 1989 y 82 TCE. A la vista de las alegaciones presentadas al Pliego, el 13 de mayo de 2008 la DI formula Informe Propuesta al Consejo de la CNC en el sentido de que declare, primero, “la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de ABERTIS Telecom, S.A.U., consistente en abusar de su posición de dominio exigiendo, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006 y establecer una excesiva duración de los contratos con Veo TV en 2006 y con Net TV, TELECINCO y SOGECABLE en 2008 con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado”, y segundo “la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de ABERTIS Telecom, S.A.U., consistente en abusar de su posición de dominio ofreciendo en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la



contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas”.

9. El Informe Propuesta de la DI de fecha 12 de mayo de 2008 (en su versión confidencial –f. 6189 DI–, y de 13 de mayo de 2008 en su versión no confidencial –f. 6265 DI–) y el expediente fue remitido al Consejo el mismo día 13 de mayo y recibido por éste el 14 siguiente. El Consejo, en su reunión del 29 de mayo de 2008, mediante acuerdo de fecha 2 de junio de 2008 acordó su admisión a trámite con el nº 646/08 AXION/ABERTIS, designó Consejero Ponente y partes interesadas, y acordó su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legalmente previsto pudieran proponer los medios de prueba que estimasen necesarios y solicitar la celebración de vista (f. 2 Consejo). En este trámite procesal compareció AXION manifestando su conformidad con el razonamiento y conclusiones del Informe Propuesta de la DI. Igualmente compareció ABERTIS mediante escrito de 25 de junio de 2008, en el que solicita la caducidad del procedimiento sancionador y el consiguiente archivo de las actuaciones, la práctica de determinadas pruebas y la celebración de vista.
10. Con fecha 14 de octubre de 2008 AXION presentó escrito solicitando la suspensión del plazo máximo para dictar la Resolución que ponga final a este procedimiento sancionador, en tanto se tramita el expediente de concentración C 110/08 por el que ABERTIS adquiere el 100% de las acciones de AXION, y ello -se dice- por “urbanidad procesal”, ya que “no parecería de buena fe que Axió se mantuviera activa en unos procedimientos sancionadores contra quien eventualmente va a ser el comprador de sus propias acciones”.
11. Por Acuerdo de 29 de octubre de 2008, el Consejo de la CNC notificó a AXION para alegaciones el levantamiento de la confidencialidad de las cláusulas cuarta.4 y decimosexta de los contratos suscritos el 24 de enero de 2007 por ella con los operadores SOGECABLE y TELECINCO, así como de su escrito de fecha 17 de febrero de 2006, al considerar que su incorporación al expediente no confidencial era conveniente para la adecuada valoración jurídica de las conductas imputadas a ABERTIS en este expediente sancionador. AXION se opuso a esta propuesta de levantamiento de confidencial por escrito de fecha 7 de noviembre de 2008.
12. Por Acuerdo sobre Prueba, Vista y Confidencialidad de 14 de noviembre de 2008, el Consejo desestimó la solicitud de AXION de suspensión del plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin a este procedimiento sancionador mientras se sustancia el expediente de concentración C/0110/08 ABERTIS/AXION por no ser conforme a derecho. Igualmente desestimó la solicitud de prueba formulada por ABERTIS, pues su práctica aportaría al expediente información que, en resumen, ya está en el mismo o que resultaría irrelevante para determinar la responsabilidad que la DI le imputa. Asimismo el



Consejo acordó levantar la confidencialidad de los documentos señalados en el Antecedente de Hecho (AH) anterior, la conclusión del expediente sancionador mediante Vista, así como la puesta de manifiesto del expediente para que las partes alegasen sobre el alcance del resultado de las diligencias de prueba (art. 40.3 LDC). El 3 de diciembre de 2008 tuvo entrada en el Registro de la CNC escrito de alegaciones de ABERTIS en el que, esquemáticamente, alega:

12.1. La caducidad del expediente por incumplimiento del plazo máximo de seis meses que señala el art. 56.1 LDC.

12.2. La vulneración del art. 24.1 de la Constitución (CE), tanto

a) por parte de la DI al formular un segundo Pliego de Concreción de Hechos, que además amplía el objeto del expediente sancionador a hechos posteriores al primer Pliego, como

b) por el Consejo de la CNC al denegar la práctica de la prueba solicitada y por el levantamiento parcial de la confidencialidad recogido en el AH 11.

12.3. Que los contratos con NET TV, TELECINCO y SOGECABLE en 2008 no restringen la competencia.

12.4. Que existe justificación objetiva para la inclusión de las cláusulas de resolución anticipada en los contratos de 2006 y la duración de los contratos de 2008 y del contrato con Veo TV de 2006.

12.5. Que los descuentos por contratación conjunta no son restrictivos de la competencia.

12.6. Que el conjunto de conductas imputadas por la DI no han producido un efecto de exclusión de competidores ni han aumentado los costes para los consumidores

12.7. Que como medida para mejor proveer el Consejo acuerde la práctica de determinados medios de prueba.

13. El 16 de diciembre de 2008 se celebró la Vista, a la que comparecieron los representantes de AXION, ABERTIS, SOGECABLE, TELECINCO y VEO TV.

14. Con fecha 23 de febrero de 2009 el Consejo de la CNC adoptó Acuerdo de diligencia para mejor proveer, con suspensión del plazo para resolver, con el objeto de requerir a ABERTIS información relativa a los ingresos obtenidos durante los años 2005 a 2008 en los mercados afectados por las prácticas imputadas en este expediente, suspendiendo el plazo para resolver. ABERTIS dio cumplimiento a este requerimiento mediante escrito de 20 de marzo de 2009 en el que, además, se realizan alegaciones sobre los ingresos que se deberían tener en cuenta para el cálculo de una eventual multa, y se reiteran sus



alegaciones sobre la denegación de pruebas y los hechos que pueden ser objeto de este expediente sancionador. En consecuencia, con efectos de 21 de marzo de 2009 se considera alzada la suspensión del plazo máximo para resolver, así como declarada la confidencialidad de datos sobre los ingresos obtenidos por ABERTIS, procediendo a la devolución a la parte de los documentos que acompañan al escrito.

15. Son interesados: RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA SA (AXION), ABERTIS TELECOM SAU (ABERTIS), SOGECABLE, SA, GESTEVISIÓN TELECINCO SA, ANTENA 3 TELEVISIÓN SA, NET TELEVISIÓN SA, y VEO TELEVISIÓN SA.

HECHOS PROBADOS

En la documentación que obra en el expediente instruido por la DI y en la aportada a este Consejo, se han acreditado los siguientes hechos:

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

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

AXION 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 Sandetel y las Cajas de Ahorro de Andalucía y Medialatina, empresa de ámbito nacional, que adquirió la red de radiodifusión de la Cadena Ser. Controla una red de transporte y difusión de señales, alternativa a la de ABERTIS en el área de Andalucía y es operador habilitado para prestar el servicio soporte para el transporte y la difusión terrestre de la señal audiovisual. Es filial al 65% de Television de France (TDF), cuyos principales accionistas son el fondo privado



de inversión Texas Pacific Group en un 42%, La Caisse des Dépôts, institución financiera pública del Estado francés, en un 24%, el grupo AXA a través de AXA Private Equity en un 18% y Charterhouse Capital Partners en un 14%.

SOGECABLE SA, GESTEVISION TELECINCO SA, ANTENA 3 TELEVISIÓN SA, NET TELEVISION SA, y VEO TELEVISION SA son operadores privados habilitados por el Plan Técnico de la televisión digital terrestre (PTNTDT) aprobado por el Real Decreto 944/2005 de 29 de julio, para la explotación del servicio público de televisión digital de ámbito nacional, actuales clientes de ABERTIS y potenciales clientes de AXION.

2. La Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, establece el marco normativo básico del sector de las telecomunicaciones, incorporando al Derecho español el paquete de Directivas europeas de 2002 sobre este sector. Esta Ley configura el marco institucional estableciendo la CMT como autoridad nacional de regulación.

En lo que concierne a la difusión de la señal audiovisual, la Ley 32/2003 fue modificada parcialmente por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo. Esta norma está desarrollada por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio (BOE de 30 de julio), por el que se aprobaba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre (en adelante TDT). En su disposición transitoria cuarta, se preveía que las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal que desearan solicitar una ampliación de su concesión hasta en dos canales digitales adicionales, 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.

La digitalización permite transmitir cuatro programas o canales TDT en cada canal múltiple. 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 el Acuerdo 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 | SOGECABLE | TELECINCO | ANTENA 3 |
| Canal TDT 3º | VEO | SOGECABLE | TELECINCO | ANTENA 3 |
| Canal TDT 4º | NET | LA SEXTA | NET | LA SEXTA |



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.

El Plan Técnico de la TDT (PTNTDT), en su artículo 6 y, posteriormente, la disposición adicional segunda del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, (BOE de 2 de septiembre) establecen la cobertura mínima poblacional a alcanzar por el servicio de TDT. 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, y
- 96% de la población a partir del 3 de abril de 2010 (Disposición Transitoria 4ª del PTNTDT)

Hasta la fecha del “apagón analógico” (previsto para el 3/4/2010), 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.

Es decir, el contrato de difusión del canal 66 requiere el acuerdo de RTVE, VEO y NET, el del canal 67 de SOGECABLE y LA SEXTA, el del canal 68 de TELECINCO y NET, y el del canal 69 requiere el acuerdo de ANTENA 3 y LA SEXTA.

El escenario previsto en la DA 3ª del R.D. 844/2005, es que con posterioridad al “apagón analógico”, 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 múltiple.

3. Los contratos firmados por ABERTIS en 2006 con SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, VEO y NET contienen cláusulas de penalización, que no se recogerán en los contratos de 2008 (con SOGECABLE, TELECINCO Y NET



TV) ni en los previamente celebrados. Además, la duración de los contratos oscilaría entre más de 4 años y los 10 años del contrato de VEO.

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

- 3.1. SOGECABLE** tenía firmado un contrato con RETEVISION I para la prestación del servicio portador de distribución y difusión analógica y digital para el programa del que era concesionaria a fecha 1 de febrero de 2001 (f. 2782 DI). Este contrato preveía una duración de 5 años (hasta el 3/04/05) para el servicio portador de la señal de televisión analógica, y de 7 años (3/04/07) para el de la digital terrenal (TDT). No se pacta en él penalización alguna por rescisión anticipada del contrato (f. 2788 DI).

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

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

| Fecha de resolución | Penalización |
|-----------------------|-----------------------|
| <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |
| <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |
| <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |

El otro contrato (f. 2283 DI) se refiere al servicio portador del canal analógico de televisión de cobertura estatal, cuya duración prevista es de cinco años (hasta el 3/04/10). Tampoco prevé penalizaciones por resolución anticipada.

El **24 de enero de 2007** SOGECABLE firma un contrato con AXION para la ampliación de cobertura del 80% al 85% de la población, modificado el 27 de julio de 2007, sujeto a la condición (f. 3837 DI –cláusula 3ª– y f. 4935 DI) de llegar a un acuerdo con el otro operador del múltiplex, LA SEXTA. Finalmente, el servicio se presta sujeto al resultado del concurso para la selección de un



único operador para la totalidad de la cobertura. En el acto de la Vista, AXION manifestó que prestó este servicio entre agosto de 2007 a febrero/marzo de 2008.

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

Con fecha **7 de marzo de 2008** (f. 5638 ss DI) se firma el nuevo contrato que incluye el transporte, la multiplexación y la difusión de la señal de televisión. El contrato tiene una duración de 8 años y 9 meses (desde el 1 de abril de 2008 al 31 de diciembre de 2016), prorrogable hasta el 3 de abril de 2020 a petición de SOGECABLE. En este caso, el contrato finalmente firmado no contempla (formalmente) la existencia de penalizaciones por resolución anticipada unilateral, que sí recogía la propuesta de contrato de SOGECABLE (f. 5113 DI). El contrato solo recoge la posibilidad de resolución anticipada por incumplimiento.

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

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

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

El **11 de abril de 2006** TELECINCO y RETEVISION I firman dos nuevos contratos, que sustituyen al de 1 de febrero de 2001. Un contrato (f. 2512 DI)



se refiere al servicio para los **tres canales digitales** de TELECINCO (el que ya tenía y dos nuevos que se le adjudicaron por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25/11/2005) en el canal 68, que comparte con NET TV. La duración prevista del contrato es de **cinco años** (desde el 30/11/2005 hasta el 3/4/2010). El contrato puede ser resuelto anticipadamente por TELECINCO transcurrido el [CONFIDENCIAL] de contrato, previa comunicación fehaciente a RETEVISION I, con un mínimo de [CONFIDENCIAL] meses de antelación y abono de una **penalización** por importe de las cantidades que a continuación se indican, en función del momento en que vaya a producirse la resolución:

| Fecha de resolución | Penalización |
|---------------------|----------------|
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |

El otro contrato (f. 2543 DI) se refiere al servicio portador soporte del servicio de difusión del canal analógico de televisión de cobertura estatal, cuya duración prevista es de **cinco años**. No prevé penalizaciones por resolución anticipada.

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

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

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



DI). El contrato solo recoge la posibilidad de resolución anticipada por incumplimiento.

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

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

3.3. ANTENA 3 tenía firmado un contrato con RETEVISION I para la prestación del servicio portador de distribución y difusión **analógica y digital** para el programa de que era concesionaria a fecha **1 de febrero de 2001** (f. 2916 DI). Este contrato preveía una duración de 5 años para el servicio portador soporte del servicio de televisión analógica (desde el 3 de abril de 2000 al 3 de abril de 2005), y de 7 años (desde el 3 de abril de 2000 al 3 de abril de 2007) para el servicio portador soporte del servicio de televisión digital terrenal. No se pacta en él penalización alguna por rescisión anticipada del contrato.

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



| Fecha de resolución | Penalización |
|---------------------|----------------|
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |

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

- 3.4. NET TV** y RETEVISION I firmaron el 6/11/2003 un contrato para la prestación, por **10 años**, del servicio portador soporte del servicio de difusión de **un canal digital** de televisión adjudicado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000 (f. 2744 DI). El contrato preveía la resolución anticipada transcurrido el [CONFIDENCIAL] de prestación del servicio, previa comunicación fehaciente a RETEVISION, con un mínimo de [CONFIDENCIAL] meses de antelación y el abono de una penalización de acuerdo con el esquema siguiente:

[CONFIDENCIAL]

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

Un contrato (f. 1222 DI) sustituye al firmado el 6 de noviembre de 2003, y en él se contrata la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión digital de su programa en el canal 66. Su duración es de **5 años**. En este contrato NET TV, transcurrido el [CONFIDENCIAL] de prestación del servicio, tiene derecho a la resolución unilateral y anticipada del contrato aunque sujeta a penalizaciones, de acuerdo con el esquema siguiente (f. 1231 DI):

| Fecha de resolución | Penalización |
|---------------------|----------------|
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |

Con el otro contrato (f. 1258 DI), NET TV contrata la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión digital para su programa adicional en el canal 68 que le fue adjudicado el 25 de noviembre de 2005. La duración del contrato es desde el 30 de noviembre de 2005 hasta el 3 de abril de 2010 (**5 años**). Transcurrido el [CONFIDENCIAL] de prestación del servicio



portador soporte del servicio de televisión digital terrestre, NET TV también tiene derecho a la resolución unilateral y anticipada del contrato con el abono de penalizaciones según el mismo esquema anteriormente citado (f. 1267 DI):

| Fecha de resolución | Penalización |
|---------------------|----------------|
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |
| [CONFIDENCIAL] | [CONFIDENCIAL] |

El **31 de julio de 2007** NET TV firma un contrato con AXION para la ampliación de cobertura del 80% al 85% de la población. Esto es, el contrato tiene por objeto únicamente un 5% de cobertura adicional al 80% que ya tenía contratada con ABERTIS desde 2006, alcanzando así NET el 85% de cobertura de la población nacional que exigía el PTNTDT. El contrato condiciona su ampliación a coberturas adicionales hasta el 93% así como a la cobertura principal del 80% contratada con ABERTIS, al resultado del concurso que NET ya anunciaba en tal contrato (cláusulas 1ª –f. 4940 DI– y 15.2ª –f. 4952 DI–), todo ello con fecha anterior a 31 de diciembre de 2007. En el acto de la Vista, AXION manifestó que prestó este servicio entre agosto de 2007 a febrero/marzo de 2008.

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

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



canal 68 (f. 5236 DI). Los contratos solo recogen la posibilidad de resolución anticipada por incumplimiento de la otra parte.

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

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

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

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

[CONFIDENCIAL]

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

El **13 de marzo de 2006** VEO TV y RETEVISION I firmaron un nuevo contrato (f. 1206 DI), que sustituye al anterior para la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión, y que incluye además los nuevos canales digitales de televisión concedidos, o que se le pudieran conceder, en virtud de la aplicación del PTNTDT y que vendrán a añadirse al canal que ya tenía contratado. Este contrato entró en vigor el 30 de noviembre de 2005 y su



vigencia está prevista hasta el 31 de diciembre de 2015 (**10 años**). Las partes acordaron que el contrato podría resolverse de forma anticipada en los siguientes supuestos:

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

Asimismo, VEO TV podrá resolver el contrato con efectos del *[CONFIDENCIAL]*:

- *[CONFIDENCIAL]* y
- *[CONFIDENCIAL]*.

4. ABERTIS ofreció, en 2005, descuentos globales por la contratación conjunta del servicio en todo el territorio nacional entre el *[CONFIDENCIAL]* y el *[CONFIDENCIAL]* sobre el total de los contratos de transporte y difusión de la señal de televisión.

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

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

- Oferta a ANTENA 3 de 10 de mayo de 2005 para una cobertura del 95% en señal analógica: descuento del *[CONFIDENCIAL]* sobre el precio de la difusión, lo que supone un *[CONFIDENCIAL]* sobre el montante total del contrato, es decir, incluyendo transporte y difusión.
- Oferta a SOGECABLE de 27 de abril de 2005 para una cobertura del 95% en señal analógica: descuento del *[CONFIDENCIAL]* sobre el precio de la difusión (*[CONFIDENCIAL]* sobre el total del contrato).



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

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

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

5. El 29 enero de 2007 tiene entrada en el extinto Servicio de Defensa de la Competencia el Informe de la CMT solicitado por el Director General de Defensa de la Competencia, sobre el importe de las inversiones a amortizar por ABERTIS en el transporte y difusión de la señal audiovisual digital y sobre la justificación de los descuentos específicamente ofrecidos por ABERTIS en el supuesto de contratación global del servicio para todo el territorio nacional, en lugar de contratación de dicho servicio por placas regionales (f. 3752 ss.).

La respuesta de la CMT reconoce que la amortización de las inversiones para prestar el servicio portador de la señal audiovisual podrían justificar las penalizaciones contractuales de ABERTIS y que podrían derivarse eficiencias reales de la contratación conjunta, aunque no puede corroborar que su cuantía específica esté justificada.

La CMT señala que, como cuestión de principio:

- La amortización de los equipos que ABERTIS debiese adquirir para dar servicio a un cliente justificaría el pacto de penalizaciones por rescisión anticipada del contrato.
- La contratación global del servicio para todo el territorio nacional en lugar de contratación de dicho servicio por placas regionales supone ciertas economías que justificarían los descuentos por contratación conjunta.

Respecto a la cuantía de las penalizaciones por rescisión anticipada, la CMT afirma:

“...En consecuencia, el valor residual de los equipos necesarios para prestar el servicio de difusión completo calculado por esta Comisión en el marco del expediente MTZ 2005/1162 para fijar el precio que AXIÓN debía pagar a ABERTIS, no puede ser invocado genéricamente por este último como parámetro objetivo para determinar la penalización por rescisión anticipada en cada uno de los contratos que tiene suscritos con los radiodifusores, al tratarse de supuestos fácticos distintos”



Respecto a la cuantía de los descuentos por contratación conjunta la CMT indica:

“La aplicación por parte de ABERTIS de descuentos por contratación conjunta no es [...] anticompetitiva per se. No obstante, esta Comisión no puede pronunciarse actualmente sobre la cuestión de si la argumentación técnica aportada por ABERTIS se traduce en un ahorro de costes que pueda justificar los descuentos por contratación conjunta indicados, a falta de aprobación del modelo contable nacional de ABERTIS y la verificación de los resultados obtenidos en el mismo.”

6. ABERTIS estima en [CONFIDENCIAL] la cuantía de las inversiones realizadas en el periodo 2005 – 2007 para la prestación del servicio de difusión de la Televisión Digital Terrestre nacional.

En su respuesta a la solicitud de información de la DI, ABERTIS declara que estas inversiones se materializan en los siguientes conceptos:

- Proyecto de Adecuación de centros para soportar los niveles de energía necesarios, climatización, seguridad y reforzamiento de las infraestructuras para los equipos TDT.
- Proyecto de Redundancia de Equipos para asegurar los niveles de servicio de TDT
- Equipamiento de Difusión para TDT (incluye instalación y puesta a punto)
- Equipos Transporte para servicios TDT (incluye instalación y puesta a punto)
- Cabeceras Digitales (incluye instalación y puesta a punto)
- Proyecto de liberación de espacio necesario para la colocación de equipamiento TDT
- Equipamiento en Sistemas de Gestión y Supervisión (incluye instalación y puesta a punto)

El montante total corresponde a la inversión realizada para los cinco canales múltiples que emiten a nivel nacional. De hecho, ABERTIS manifiesta que estas inversiones *“... son comunes para todos los clientes de TDT nacional de ABERTIS, por lo que no son privativas de ningunos de ellos”*. Asimismo, ABERTIS afirma que estas inversiones no son reutilizables, por lo que *“... el valor residual de los activos integrantes de cada uno de los proyectos sería inexistente, dado que difícilmente podrían ser utilizados para la prestación de otro tipo de servicios.”*

Adicionalmente, ABERTIS estima que su gasto operativo (OPEX) asociado a la prestación del servicio por año y múltiple para una cobertura de la señal digital del 80 % supone [CONFIDENCIAL].



7. ABERTIS estima en *[CONFIDENCIAL]* por múltiplex los gastos corrientes y de capital para la prestación del servicio de difusión de la Televisión Digital nacional independientes del alcance geográfico para 5 años.

En su respuesta a la solicitud de información de la DI, ABERTIS declara que estas inversiones se materializan en los siguientes conceptos:

- Distribución satélite.
- Distribución terrestre.
- Centros de control de red.
- Tareas de gestión de la calidad y reporting.
- Gestión comercial y de proveedores.

El desglose de estos conceptos diferenciando entre CAPEX (gastos de capital) y OPEX sería el siguiente:

| | CAPEX (5 años) | OPEX Anual |
|-----------------------------------|---------------------------|-----------------------|
| Distribución terrestre y satélite | <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |
| Centros de control de red | <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |
| Calidad y reporting | <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |
| Gestión comercial y proveedores | <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |
| TOTAL | <i>[CONFIDENCIAL]</i> | <i>[CONFIDENCIAL]</i> |

Por lo tanto, repartiendo el CAPEX proporcionalmente entre los cinco años, ABERTIS estima que anualmente debe afrontar unos gastos totales de *[CONFIDENCIAL]* independientemente del alcance geográfico del servicio prestado.

Por otra parte, ABERTIS considera que la coordinación necesaria con otro operador conllevaría un incremento de los gastos, ya que sería necesario instalar equipos de monitorado en los puntos de frontera para determinar la calidad de la señal y la responsabilidad de eventuales averías.

8. ABERTIS emplea 159 centros para prestar el servicio de difusión de la señal de la TDT nacional con una cobertura del 85%, empleando parte de estos centros adicionalmente para prestar otros servicios.

De acuerdo con la información aportada por ABERTIS (f. 5283), la utilización de los centros desglosados por servicios sería la siguiente:



| Servicio | Nº de centros |
|-------------------------|----------------|
| RGE | [CONFIDENCIAL] |
| SFN Nacional | [CONFIDENCIAL] |
| TDT Autonómica | [CONFIDENCIAL] |
| TDT Local | [CONFIDENCIAL] |
| TV Analógica Estatal | [CONFIDENCIAL] |
| TV Analógica Autonómica | [CONFIDENCIAL] |
| Radio FM | [CONFIDENCIAL] |

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LEY APLICABLE

El 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 y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. Asimismo, esta nueva Ley de Defensa de la Competencia, en su Disposición transitoria primera, núm. 1 dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

SEGUNDO.- CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Con carácter previo a entrar en las consideraciones que afectan al fondo de este expediente sancionador se deben resolver las diversas alegaciones de carácter procedimental formuladas por la parte imputada. En efecto, en primer lugar, ABERTIS solicita del Consejo que declare la caducidad del presente expediente sancionador y el consiguiente archivo de las actuaciones, por incumplimiento de los plazos que establece la LDC para la resolución y notificación de los procedimientos sancionadores. En resumen, la imputada ha alegado que el Consejo de la CNC incumplió el art. 39 LDC al haber admitido el 29/05/08 a trámite el expediente remitido por la DI el 13/05/08 y recibido en el Consejo al día siguiente; esto es, fuera del plazo de 5 días que establece aquel precepto legal para acordar su admisión a trámite. Asimismo alega que la DI incumplió el plazo máximo de 6 meses instrucción del expediente que señala el art. 56.1 LDC, pues admitiendo el 15/11/2007 como fecha en la que tiene entrada en la DI la



Resolución del Consejo revocando el acuerdo de sobreseimiento adoptado por el SDC, aquélla debió finalizar la instrucción no más tarde del 14/05/2008, y puesto que la imputada no recibió notificación del Informe Propuesta con anterioridad a esta última fecha, ha de declararse la caducidad del expediente, pues este es el efecto que de forma expresa prescribe el propio art. 56.1 LDC para el incumplimiento del plazo de 6 meses.

ABERTIS entiende que la literalidad del art. 56 LDC permitiría situar la fecha final de cómputo del plazo de 6 meses en la “recepción” del expediente por parte del Consejo –pues no se especifica si tal recepción debe ser notificada o no a los interesados en ese plazo máximo–, no obstante y de acuerdo con el art. 50 de la propia LDC, considera que resulta de aplicación supletoria el art. 44.2 de la Ley 30/1992 (LRJPAC), conforme al cual la recepción del Informe Propuesta por el Consejo sólo puede producir sus efectos limitativos de los derechos del administrado una vez notificada su recepción a la parte imputada dentro del plazo legal previsto (f. 15 del Consejo). Y como ABERTIS no ha recibido notificación de la formulación del Informe Propuesta por parte de la DI antes del 14/05/2008 (ABERTIS recibió notificación del Acuerdo del Consejo de admisión a trámite del expediente el 9/06/2008), fecha en la que concluye el mencionado plazo máximo de 6 meses, necesariamente se ha de declarar la caducidad del procedimiento.

El Consejo considera que esta interpretación, defendida por ABERTIS, de la forma de determinar la fecha final o *dies ad quem* del cómputo del plazo de 6 meses no está autorizada por el art. 56.1 LDC. El último párrafo de este precepto legal dispone: “*Transcurrido el plazo previsto en este apartado..., sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal... para su resolución... procederá... a declarar su caducidad*”. El texto legal es claro fijando como fecha final del cómputo del plazo de 6 meses la fecha de «remisión» del expediente por la DI al Consejo (el 13/05/08, f. 1 del Consejo), por lo que no es conforme a Derecho situar la fecha final del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento en la fecha de recepción del expediente y del Informe Propuesta por el Consejo, o en la posterior fecha de su admisión a trámite por éste, ya sea dentro o fuera del plazo de 5 días prescrito por el art. 39 LDC (lo que puede ser relevante para la determinación del día inicial del cómputo del plazo de caducidad del expediente ante el Consejo), ni mucho menos por aplicación analógica del art. 44.2 LRJPAC en la fecha de notificación a la parte imputada del acuerdo del Consejo de admisión a trámite del expediente sancionador instruido por la DI.

La alegación de ABERTIS de que la fecha de remisión no puede ser tenida en cuenta para establecer si ha habido o no infracción del plazo máximo de instrucción del expediente ante la DI, por cuanto el Informe Propuesta no ha sido notificado por aquélla a ABERTIS, tampoco puede prosperar a juicio de este Consejo. Además del mencionado argumento de la literalidad del art. 56.1 LDC, que se refiere expresamente al acto de remisión del expediente para fijar el cómputo del plazo máximo de seis meses de instrucción sin ningún otro requisito ulterior, resulta procedente señalar que el art. 37 LDC, bajo el rótulo de “Instrucción



del Expediente Sancionador”, regula expresamente los actos de instrucción que deben ser notificados a los presuntos infractores, y también de forma expresa dispone en su núm. 3º que “una vez instruido el expediente” la DI lo remitirá al Consejo. La no inclusión, por el legislador de la Ley 16/1989, del acto de remisión del Informe Propuesta entre las actuaciones que deben ser notificadas a la parte imputada resulta, en procedimientos bifásicos o en dos fases como el que regula la LDC, del todo razonable, como expresamente ha puesto de manifiesto la Audiencia Nacional en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Contencioso Administrativo de 28 de febrero de 2005, confirmada por Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008. Dice la Audiencia en el fundamento de derecho quinto de su sentencia (firme) que la no notificación al imputado por el SDC (DI) de su Informe Propuesta *“es razonable y, desde luego, no produce ninguna indefensión, porque una vez recibido por el TDC [Consejo] el expediente y admitido a trámite, la primera actuación consiste, de acuerdo con el artículo 40 LDC, en dar vista de lo actuado a los interesados, quienes en ese momento adquieren conocimiento del Informe Propuesta del SDC y, tras su vista, pueden proponer la prueba que les interese y hacer las alegaciones que consideren oportunas antes de que se dicte por el TDC la resolución que ponga fin al procedimiento”*.

Por tanto, tomando como fecha inicial de cómputo del plazo de caducidad de seis meses que señala el art. 56.1 LDC la fecha que indica el imputado (f. 15 del Consejo); es decir, el día en que se recibe en la DI la Resolución del Consejo por la que se revoca el acuerdo de sobreseimiento de aquella (15/11/2007), y considerando que el expediente fue remitido por la DI al Consejo el día 13/05/08, se concluye que la instrucción no ha excedido del plazo mencionado de seis meses y, por ello, no se ha producido la caducidad del procedimiento alegada por ABERTIS.

TERCERO.- INDEFENSIÓN POR FORMULAR LA DI UN SEGUNDO PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS QUE INCLUYE LOS CONTRATOS DE 2008

En segundo lugar, ABERTIS igualmente alega indefensión por vulneración del art. 24.1 de la Constitución, tanto por la DI al acordar la ampliación del objeto del procedimiento sancionador sin formular un nuevo PCH, como por parte del Consejo a través del Acuerdo sobre prueba, vista y confidencialidad, en el que se deniega la práctica de prueba solicitada y se acuerda el levantamiento parcial de la confidencialidad de determinados documentos.

En lo que respecta a la actuación de la DI, ABERTIS entiende que habiendo acordado el Consejo en su Resolución de 6 de noviembre de 2007 la revocación del acuerdo de sobreseimiento del SDC de 5 de marzo anterior y, en consecuencia, interesando de la DI “la continuación del procedimiento”, no podía ésta retrotraer las actuaciones acordando y notificando un nuevo PCH que amplía el objeto del procedimiento a hechos posteriores y no contemplados en el primer



Pliego de 16 de enero de 2007, como son los contratos celebrados en 2008 por ABERTIS con determinados operadores de televisión. A su criterio, ni la citada Resolución del Consejo, ni la Providencia de la DI de 23 de noviembre de 2007 disponiendo la continuación de la instrucción, permiten conocer en este expediente sancionador de hechos posteriores, por cuanto el objeto del mismo quedó delimitado por el primer PCH. Al incluir nuevos hechos en el segundo Pliego se limita injustificadamente sus oportunidades de defensa, pues se le priva al menos del trámite de alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador correspondiente a la supuesta nueva infracción. Esta limitación de su derecho de defensa le habría posicionado en una situación de indefensión que vulneraría el art. 24 de la Constitución, sin que la circunstancia de que haya podido formular alegaciones y proponer pruebas ante el Consejo respecto de esta segunda imputación pueda sanar la indefensión alegada. A mayor abundamiento, ABERTIS argumenta que esta posición ha sido defendida por la DI en circunstancias análogas; en concreto, ante la pretensión de AXION de ampliar el objeto de este expediente a las ofertas de ampliación de cobertura superior al 80% de la población española realizadas por ABERTIS a los difusores de TDT, la DI consideró que esta segunda denuncia se refería a hechos nuevos que debían ser objeto de un expediente separado y, por ello, ordenó su incorporación al expediente 2748/06.

El Consejo no considera que la formulación de un segundo PCH, que amplía la imputación a hechos posteriores al primer Pliego, constituya una infracción de las normas de procedimiento de la LDC, ni que, de existir, ésta pudiera ser calificada de esencial en orden a constituir una vulneración del procedimiento apta para violentar el art. 24.1 de la Constitución.

Nada impide en la LDC ni en la normativa reguladora del procedimiento administrativo sancionador la formulación de un Pliego nuevo o complementario cuando, en el transcurso de la tramitación del expediente y concluido el periodo probatorio posterior al primer PCH, surgen nuevos hechos que a juicio del instructor son igualmente constitutivos de infracción. En tal supuesto, la formulación de un Pliego adicional que incluya esos nuevos hechos respeta y garantiza adecuadamente los legítimos derechos de defensa de la parte imputada pues, conforme dispone el mismo art. 37.1 LDC, ésta podrá contestarlo alegando y proponiendo las pruebas que considere convenientes y, cerrado este nuevo periodo probatorio, efectuar su valoración. Así lo ha entendido el Tribunal de Defensa de la Competencia en otros expedientes sancionadores. Entre ellos, en el expediente 337/03 (Resolución de 8 de enero de 1996, fd 2º), la parte imputada alegaba infracción del art. 37.1 LDC porque se habían formulado dos pliegos: uno, como resultado de la primera instrucción, y un segundo, como consecuencia de la ampliación de la instrucción que interesó el Tribunal en base al art. 39 LDC. Ante esta alegación, el Tribunal sostuvo que *“el Art. 37.1 LDC pretende que los hechos que constituyen el objeto de la acusación se concreten para que el expedientado pueda defenderse; y cuando el expediente se devuelve para una mayor instrucción*



no exige que los nuevos hechos revelados por la instrucción ampliada se unan formalmente a los anteriores, refundiéndolos en un único documento: basta con que se concreten en un documento que es continuación y complemento del anterior. No ha habido, pues, infracción del Art. 37.1 ni se ha visto afectado el derecho de defensa de los interesados, que en todo momento han hecho alegaciones respecto de los dos pliegos". Doctrina posteriormente confirmada, entre otras, en la Resolución del TDC de 30 de diciembre de 1997 (Expte. 361/95) y en la Resolución del TDC de 26 de febrero de 1999 (Expte. 413/97), que siguen la misma práctica habitual de otras autoridades de competencia, como la Comisión Europea.

Así ha sucedido en este expediente sancionador. La Resolución del Consejo por la que se revoca el acuerdo de sobreseimiento del Servicio no insta a la DI a investigar los contratos de ABERTIS de 2008, pues estos son posteriores a la fecha de la propia Resolución de 6 de noviembre de 2007. Pero el Consejo sí interesó de la DI la realización de los "actos de instrucción necesarios" para concluir el esclarecimiento de las cuestiones antes expresadas, entre las que está "continuar la investigación, analizando el alcance que para la competencia efectiva pueden tener los contratos firmados por AXION" con SOGECABLE y TELECINCO, pues considera que "sin conocer las condiciones y características de dichos contratos es arriesgado asegurar, como parece concluir el Servicio, que las conductas de ABERTIS no han tenido un efecto de cierre de mercado". Estos son los actos de instrucción que, como mínimo, la DI viene obligada a realizar, pero además podrá practicar todas aquellas actuaciones complementarias que considere pertinentes (art. 39 LDC) para, como expresamente dispone el art. 56.1 LDC, "completar el esclarecimiento de los hechos y determinar responsabilidades", que no es sino el objeto de la instrucción en cualquier procedimiento sancionador (art. 37.1 LDC).

En cumplimiento de la citada Resolución del Consejo de la CNC, y de lo dispuesto por los arts. 37 y 56 LDC, la DI acordó por Providencia de 23 de noviembre de 2007 la continuación de la instrucción del expediente, practicando en fechas posteriores diversas diligencias de instrucción; entre ellas, solicitud de información a ABERTIS acerca de los contratos firmados en 2008. A la vista del resultado de estas nuevas actuaciones, y de las que ya constaban en el expediente a la fecha de su inicial sobreseimiento, la DI formuló con fecha 11 de abril de 2008 un nuevo PCH (f. 5766 a 5826 DI), que fue notificado a todas las partes interesadas, y al que ABERTIS formuló alegaciones y propuso la práctica de prueba por escrito de 30 de abril de 2008 (f. 6095 a 6123 DI).

La conformidad a Derecho de la formulación de un nuevo Pliego ampliando la imputación a hechos posteriores al Acuerdo de sobreseimiento resulta también indirectamente del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 18 noviembre de 2008, ante un supuesto en el que se plantea la aplicación del art. 56.1 LDC (el SDC había sobreseído el expediente y el TDC acordado su



revocación y devolución del expediente al SDC para practicar nuevas diligencias), y en contra del criterio mantenido por la Audiencia Nacional –pues rechazó que el Acuerdo del TDC de revocación del acuerdo de sobreseimiento inicie un nuevo procedimiento–, el Tribunal Supremo afirma (fd 3º): *“Una interpretación armónica con el sentido de la norma lleva a la solución negativa, pues el sobreseimiento pone fin al procedimiento sancionador, abriéndose a partir del mismo la fase de revisión a través de los oportunos recursos, conforme se determina en el artículo 47 de LDC y el artículo 87 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. La remisión al SDC supone la apertura de un nuevo procedimiento que ha de terminarse en los plazos legales, vigentes en el momento de la nueva apertura. Es este el sentido que se induce del párrafo segundo del artículo 56 introducido por la Ley 53/2002, que lo considera como un procedimiento independiente, y así hay que interpretarlo al margen de expresiones o términos usados en la resolución de remisión y en la de reapertura, o de que ésta lleve el mismo número del anterior expediente, porque el signo de la anterior investigación seguida por el SDC no debe restringir a una nueva que requiere para su completa realización de un margen amplio de tiempo, con el fin de no verse constreñido a trámites perentorios, que incluso podrían verse reducidos al mínimo si en la primera fase hubiere agotado o casi agotado los plazos establecidos”*. (subrayado y negrita añadidos).

En consecuencia, el Consejo no aprecia vulneración del art. 24.1 de la Constitución por parte de la DI en la formulación del PCH de 11 de abril de 2008. Es más, este Consejo considera que no es posible establecer el alcance que para la competencia efectiva han tenido los contratos celebrados por AXION en 2007 sin el examen de los contratos de ABERTIS de 2008, pues aunque tanto en el primer como en el segundo PCH la DI ha imputado a ABERTIS la comisión de diversas infracciones de la LDC, todas ellas están ordenadas al logro de una misma y única finalidad: cerrar el mercado relevante a la competencia impidiendo o dificultando la entrada de AXION en los momentos temporales o ventanas de oportunidad en que era más factible.

CUARTO.- INDEFENSIÓN POR LA NEGATIVA DEL CONSEJO A LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS PROPUESTAS Y POR HABER LEVANTADO PARCIALMENTE LA CONFIDENCIALIDAD DE INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR EL DENUNCIANTE

ABERTIS también ha alegado que el Acuerdo del Consejo de prueba, vista y confidencialidad de fecha 14 de noviembre de 2008 le ha generado indefensión.

1.- Indefensión por denegación de la prueba

En primer lugar, se sostiene por ABERTIS que su derecho de defensa, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, se ha visto menoscabado por cuanto tanto ante la DI como ante el Consejo no ha visto satisfecha su pretensión de proponer prueba, afirmando que el Consejo debe proceder a la libre valoración de la prueba



solicitada una vez practicada, sin que pueda realizar un análisis de fondo sobre el contenido de la prueba propuesta en el momento de su admisibilidad formal.

El Consejo no puede compartir esta alegación. El art. 37.1 LDC dispone que notificado el PCH, los presuntos infractores en el plazo dispuesto podrán proponer las pruebas que consideren pertinentes, las cuales se recogerán en el Informe Propuesta, expresando su práctica o su denegación. Como bien conoce ABERTIS, el TDC tiene manifestado que la denegación de prueba por el SDC no puede producir indefensión toda vez que el interesado conserva la posibilidad de proponer la práctica de la prueba denegada (y las que considere pertinentes) ante el propio Tribunal (RTDC 22/02/2000, Expte. r 400/99, Prensa Vizcaya). Esta doctrina, confirmada por la Jurisdicción revisora, no se puede interpretar como hace ABERTIS, en el sentido de que si el Consejo rechaza la práctica de la prueba solicitada y antes denegada por la DI se produce indefensión. Tan aviesa interpretación resulta contraria a Derecho, entre otras razones, porque la propia LDC en el art. 40.1 expresamente reserva al Consejo la facultad de resolver sobre la “pertinencia” de la práctica de la prueba propuesta por las partes. Así, pues, la actuación de la DI en materia de prueba no elimina ni reduce la discrecionalidad que goza el Consejo en este ámbito, que podrá rechazar, siempre de forma motivada, la práctica de las pruebas que considere irrelevantes (RTDC 30/12/1995, Expte. 361/95 Funerarias de Madrid 2, fd 1.5; RTDC 26/12/1995, Expte. 360/95, Mutua Madrileña Automovilista 4, fd 1). Por tanto, la simple denegación de la práctica de las pruebas propuestas por las partes no puede, por sí sola, causar indefensión, pues el derecho a proponer prueba en un procedimiento sancionador no convierte su práctica en un trámite preceptivo, que necesariamente se haya de adoptar cualquiera que sea su contenido y el estado de las actuaciones, a condición de que la no admisión de la prueba propuesta por las partes se haya motivado y la Resolución sancionadora se fundamente en hechos que se estiman suficientemente y razonadamente probados, como es el caso de autos.

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

- “1. La práctica de la prueba documental recogida en las letras a) y b) del punto 1 del AH 9º se desestima, en coincidencia con lo afirmado por la DI, por cuanto la primera de ellas, al no aportar información sobre el comportamiento de ABERTIS, no desvirtuaría las conclusiones de la DI, y la segunda (letra b) porque tales contratos ya no están vigentes y resultan irrelevantes para determinar la responsabilidad que se imputa a ABERTIS.*
- 2. La práctica de las pruebas recogidas en los punto 2 y 3 del AH 9º se desestima por cuanto la información que se busca traer al expediente, en unos casos, no es objeto de controversia por la DI en el Informe Propuesta, y/o en otros no resulta relevante para valorar la infracción administrativa imputada a ABERTIS. La DI en su Valoración Jurídica de la conducta de ABERTIS (punto VI del Informe*



Propuesta) no afirma que la duración de los contratos controvertidos sea abusiva por sí misma o por haber sido impuesta por ABERTIS, sino que a los efectos de valorar los posibles efectos exclusionarios de las conductas imputadas (siguiendo lo dispuesto por el Consejo en su Resolución de 6 de noviembre de 2007, Expte. R 720/07), considera necesario realizar una visión de conjunto de la duración de los contratos con los descuentos asociados a la misma y las penalizaciones por resolución unilateral anticipada, para, a continuación, analizar si existe suficiente justificación objetiva tanto para tan larga duración de los contratos (y aquí valora que son las propias televisiones quienes demandan en parte este tipo de contratos de larga duración) como también para la magnitud de las penalizaciones por rescisión anticipada. Y es sobre la existencia o no de suficiente justificación objetiva para la inserción de estas cláusulas contractuales, como también para la cuantía de los descuentos ofrecidos por ABERTIS en la contratación conjunta de las placas regionales en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, donde a criterio del Consejo se centra la controversia jurídica (en sus aspectos más relevantes y sustantivos) entre la Dirección de Investigación y ABERTIS. Y sobre este particular, a petición del SDC, ya se ha pronunciado la CMT en el informe de 29 de enero de 2007, en el sentido de que no puede corroborar que la cuantía específica de las penalizaciones por rescisión anticipada y de los descuentos ofrecidos por contratación conjunta estén justificadas.”

Afirma ABERTIS (f. 104 del Consejo) que la prueba denegada relativa a los contratos de 2008 era esencial para contradecir la afirmación de la DI de que la larga duración de esos contratos había sido impuesta por ABERTIS y era *per se* abusiva, puesto que su práctica permitiría probar que la “propia duración de los contratos era condición de admisibilidad al concurso”, y de ahí que no se le pueda imputar una conducta que no dependía de su voluntad”.

De nuevo, el Consejo debe poner de manifiesto que la DI es consciente y valora el hecho de que hayan sido las propias televisiones quienes hubiesen demandado esa larga duración (f. 6243 y 6247 DI), pues las ofertas realizadas por SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en octubre de 2007 a ABERTIS para la adjudicación del contrato de prestación del servicio portador del servicio de difusión de sus canales de TDT figuran en el expediente (f. 5078 ss; 5138 ss; y 5198 ss DI). Y no sólo eso, la DI valora esta alegación (ya formulada al PCH) sosteniendo que “*Aunque en los concursos convocados en 2007 se facilitara un modelo de contrato por parte de las operadoras de televisión, los proveedores del servicio debían concretar los aspectos sustantivos del mismo, como el precio.*”

Por otra parte, la capacidad de obrar de forma independiente de Abertis se constata en diversos aspectos como la eliminación de la cláusula decimosexta del modelo propuesto por las operadoras, referente a la resolución unilateral anticipada del contrato. En consecuencia, los contratos habrían sido fruto de la voluntad de las partes, aunque condicionados por la posición de dominio que Abertis ostenta en el mercado.”



En este sentido, en el acto de la Vista, a preguntas y afirmaciones de ABERTIS, SOGECABLE manifestó que con anterioridad a la convocatoria del concurso de 2007, para la prestación del servicio portador del servicio de difusión de sus canales de TDT, hubo contactos previos con AXION y ABERTIS dirigidos a perfilar el diseño de su oferta que, entre otros extremos, versaron sobre la razonabilidad del plazo de duración de los contratos, afirmando que como operador de televisión no tiene capacidad para imponer plazo. Sobre esta misma cuestión, TELECINCO manifestó que la larga duración beneficia a ambas partes contractuales, y que ABERTIS exigía la larga duración para poder acceder a los descuentos. En este mismo sentido se pronunció VEO TV, añadiendo que no era cierta la afirmación de ABERTIS de que los operadores de televisión (al menos ella y NET TV) desean que el contrato coincida con el periodo de la concesión de servicio público de difusión. A este respecto, procede resaltar que en la Resolución de la CMT de 12 de junio de 2003 (f. 2234 s DI) hace prueba de que VEO TV no solicitó la duración de 10 años, sino que fue ABERTIS (RETEVISION) quien formuló la oferta de duración del contrato, con tres alternativas: contrato a 10 años (con descuentos); contrato a 5 años; y contrato de 1 año (con precio superior).

En cualquier caso, y como se analizará en los fundamentos de derecho siguientes, el Consejo ya manifestó en el mencionado Acuerdo de prueba, vista y confidencialidad (en coherencia con su opinión manifestada en la Resolución de 6/11/07, relativa a la necesidad de realizar una valoración conjunta del comportamiento de ABERTIS) que la prueba propuesta por ABERTIS no era pertinente porque, a su juicio, la DI no afirma en su Informe Propuesta el carácter abusivo *per se* de la larga duración de los contratos, de los descuentos por larga duración, de las cláusulas de penalización por rescisión anticipada y unilateral del contrato, o de los descuentos por contratación del servicio a escala nacional. Lo que realmente la DI afirma (y así se afirma expresamente en los puntos 1º y 2º de la Propuesta que formula a este Consejo en el punto 8 de su Informe) es la inexistencia de justificación objetiva (por relación a los riesgos asumidos por ABERTIS) para el comportamiento de una empresa dominante consistente en, por un lado, celebrar contratos con cuantiosas penalizaciones por rescisión anticipada en el momento en el que AXION intentaba entrar en el mercado nacional (contratos de 2006 por 5 años con SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA3 y NET TV, y por 10 años con VEO TV), y contratos de larga duración (hasta 10 años y que van más allá del apagón analógico, momento en el que existirá otra ventana de entrada al mercado) sin facultad de rescisión unilateral sin causa pero con descuentos importantes (alguno de los cuales, desde un punto de vista económico, funciona como una penalización) vinculados a la larga duración y por otros conceptos. Y, por otra parte, la DI también afirma que la concreta cuantía de los descuentos ofrecidos por ABERTIS (empresa con posición dominante), en el marco de la negociación de los contratos de 2006 y a solicitud de los operadores de televisión, en un momento en el que AXION había realizado una oferta de prestación de servicio sobre la base del acuerdo con otros operadores de ámbito autonómico y la solicitud de acceso a las instalaciones de ABERTIS, no están suficientemente



justificados por las eficiencias que generan y, por tanto, la conducta no estaría justificada.

En definitiva, y como se pone de manifiesto en los fundamentos de derecho que siguen, el Consejo entendió y entiende que la controversia en este expediente se circunscribe a la existencia o no de justificación objetiva suficiente, para el comportamiento comercial y contractual descrito en los Hechos Probados, por parte de una empresa con posición dominante en un mercado recientemente liberalizado. Y, en consecuencia, el Consejo no puede compartir la afirmación de que la prueba denegada le ha causado indefensión y, por la misma razón, debe rechazar que se practique la prueba solicitada por ABERTIS como diligencia para mejor proveer tanto en su escrito de 3 de diciembre de 2008 como en la Vista.

2.- Indefensión por levantamiento parcial de la confidencialidad

En segundo lugar, ABERTIS ha alegado que el levantamiento por el Consejo de la confidencialidad de los contratos firmados por AXION el 24/01/2007 con TELECINCO y SOGECABLE limitada al contenido de determinadas cláusulas contractuales le ha causado indefensión, por cuanto le impide conocer el contenido de documentos que podría emplear en su descargo, y que por haber sido incorporados al expediente en el trámite de información reservada, “deben entenderse como constitutivos de prueba, al menos de forma indiciaria, de cargo contra esta parte”, ya que en caso contrario no podrían haberse incluido en el expediente. Por ello, ABERTIS solicita la exhibición y aportación al expediente de la integridad de tales contratos así como del formalizado el 31/07/07 con NET TV (f. 119 Consejo).

El Consejo acordó levantar la confidencialidad de las cláusulas cuarta.4 y decimosexta de los mencionados contratos, como dice ABERTIS “*para la adecuada valoración jurídica de las conductas imputadas...*”, pero también con el objeto de valorar “*sus efectos sobre el mercado*”, y en uso de la facultad que le concede el art. 53 LDC.

La cláusula Cuarta.4 hace prueba fehaciente del efecto en el mercado de las cláusulas de penalización incluidas en los contratos celebrados por ABERTIS en 2006, pues revela que AXIÓN tendría que haber abonado el importe de la indemnización que los operadores de televisión habrían de pagar a ABERTIS en el momento de ejercer su facultad de rescisión unilateral sin causa de los contratos firmados con aquella en 2006, lo que finalmente no sucedió porque ABERTIS ganó el concurso convocado por los citados operadores de televisión en 2007 para la prestación del servicio a más del 85% de la población nacional. La otra cláusula, cuya confidencialidad levantó el Consejo –la Decimosexta–, pone de manifiesto que siendo un contrato de larga duración (9 años), el operador de televisión tenía, sin embargo, reconocida la facultad de resolver anticipadamente el contrato con efectos de 15/08/2010 y sin penalización. En efecto, tal cláusula regula la facultad, de ambas partes, de resolución anticipada unilateral y sin causa del contrato, estableciendo la penalización que tendría que abonar la parte que la ejerza, pero



también dispone la facultad, en este supuesto sólo de TELECINCO, de resolver anticipadamente el contrato de cumplirse determinadas condiciones, en cuyo caso no tendría que abonar cantidad alguna como penalidad, a salvo las cantidades que hubiese tenido que abonar AXION por efecto de la cláusula Cuarta.4. Ambas cláusulas no se hicieron nunca efectivas, pues tales contratos (así como el celebrado con NET TV) solo tuvieron vigencia (durante unos meses) para el porcentaje inicial pactado del 5% de la población nacional, adicional al 80% cubierto mediante los contratos de 2006 firmados por esas tres televisiones con ABERTIS (Véanse los HP 3.3, 3.2 y 3.4). La falta de vigencia de los contratos llevó al Consejo a considerar que el levantamiento parcial de la confidencialidad acordada en su momento por la DI en la fase de instrucción no perjudicaba en este momento los legítimos intereses de AXION y que, en todo caso, la medida resulta proporcional al fin perseguido y equilibrada en relación con los intereses potencialmente en conflicto (el interés en poner fin a una conducta infractora y el interés en no desvelar información que puede perjudicar a AXION y beneficiar a los competidores), en tanto que sólo afectada a las cláusulas cuyo contenido (la Decimosexta) permitía una más adecuada valoración jurídica de la conducta de la imputada (los contratos de ABERTIS de 2008, por 8 años + 4 opcionales y sin cláusula de rescisión anticipada pero incluyendo descuentos importantes por larga duración), mientras que la revelación del contenido de la Cláusula Cuarta.4 resultaba conveniente para mejor observar los efectos sobre el mercado (en forma de barrera de entrada) de las penalizaciones por rescisión anticipada incluidas en los contratos de ABERTIS de 2006.

En todo caso, a juicio del Consejo existe en el expediente prueba suficiente y accesible a las partes para concluir, de forma racional y razonada, que ABERTIS ha infringido los arts. 6 LDC y 82 TCE en los términos propuestos por la DI, lo que es objeto de análisis en los fundamentos de derecho que siguen.

Señala ABERTIS que del escrito de AXION de 17/02/2006 (cuya confidencialidad levantó el Consejo) se desprende que la totalidad de las cláusulas que se le imputan como abusivas están incorporadas en los contratos de AXION de 2007 que, por tanto, pueden constituir una prueba de descargo a favor de ABERTIS. El Consejo no puede compartir esta conclusión de la imputada, que sin duda no puede desconocer que, por efecto de la consolidada doctrina jurisprudencial de la especial responsabilidad de las empresas dominantes, determinadas conductas que son lícitas si las ejecuta una empresa sin tal poder de mercado son ilícitas al ser implementadas por una empresa que ostenta el dominio del mercado (y más si es tan manifiesto como el de ABERTIS), pues los efectos exclusionarios o de cierre de mercado no son en absoluto comparables en uno y otro supuesto. De ahí que el contenido confidencial de los contratos celebrados por AXION, como de las ofertas presentadas por AXION a los concursos convocados por SOGECABLE, TELECINCO Y NET TV en octubre de 2007, tampoco son susceptibles de ser utilizados por ABERTIS y por este Consejo como prueba de descargo.



QUINTO.- CONDUCTAS IMPUTADAS POR LA DI, DEFINICIÓN DEL MERCADO, POSICIÓN DE DOMINIO Y PRECEPTOS LEGALES INFRINGIDOS

Entrando ya sobre el fondo, el Informe Propuesta de la DI propone que este Consejo resuelva:

“Primero.- *Que se declare la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de Abertis Telecom, S.A.U., consistente en abusar de su posición de dominio exigiendo, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006 y establecer una excesiva duración de los contratos con Veo TV en 2006 y con Net TV, Telecinco y Sogecable en 2008 con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.*

Segundo.- *Que se declare la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de Abertis Telecom, S.A.U., consistente en abusar de su posición de dominio ofreciendo en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.”*

La constatación de una infracción de la prohibición de abuso de posición dominante requiere, en primer término, la delimitación del mercado relevante como paso previo y necesario para establecer si la empresa imputada es efectivamente dominante y, en su caso, analizar posteriormente si ha abusado de esa situación de poder de mercado.

En este expediente no existe contradicción entre la DI y las partes interesadas respecto del mercado relevante delimitado por aquélla, como tampoco sobre la afirmación de que ABERTIS ostenta una indudable posición de dominio. En lo que respecta al mercado relevante, el Consejo coincide con la DI en considerar que las prácticas imputadas se desarrollan en los mercados de transporte y difusión de la señal audiovisual. Que si bien los servicios de transporte y difusión son complementarios y no existe impedimento legal que impida la elección de dos operadores distintos para realizar el transporte y la difusión, en la práctica ambos servicios se ofertan conjuntamente y todos los contratos analizados en este expediente comprenden ambos servicios. Por ello, se considera como mercado o mercados relevantes en este expediente el mercado de transporte y difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (analógica o digital) de ámbito nacional (f. 6152 DI).

En lo atinente a la posición de dominio de ABERTIS, con la DI el Consejo considera que resulta innegable por cuanto:

1. ABERTIS (RETEVISION) ha sido el único operador en este mercado desde su liberalización (el 3/04/2000). Previamente, el servicio se prestaba en régimen de monopolio, primero por RTVE y luego por RETEVISIÓN. La única excepción



tras la liberalización han sido los contratos firmados por AXIÓN en 2007 para la ampliación del servicio de la cobertura de la señal de TDT del 80 al 85% de la población que, como se ha dicho, quedaron anulados a principios de 2008, tras la firma por SOGECABLE, TELECINCO y NET TV de los nuevos contratos con ABERTIS.

2. No existen formalmente barreras legales de entrada relevantes al mercado nacional, pero sí un conjunto de factores o barreras que convierten la red de ABERTIS en irreplicable, pues:
 - A. Sería necesaria una elevada inversión pues es preciso una red de 200 centros para una cobertura del 80 %, elevándose la cifra hasta 2000 en el caso del 95 % de la población nacional. ABERTIS ya dispone de los emplazamientos necesarios para la provisión del servicio, pues viene prestando el servicio analógico heredado del antiguo monopolio de difusión de la señal, pero los nuevos entrantes deben establecer todavía dichos emplazamientos. El coste incremental de proveer el servicio es, por tanto, superior para los operadores entrantes que para el incumbente.
 - B. Además, las obligaciones regulatorias del PTNTDT de 2005 que exigían una cobertura del 80 % en los cinco primeros meses de operación de un concesionario de TDT hacían difícil la entrada de nuevos competidores a nivel nacional.
 - C. Razones medioambientales, de salud pública, seguridad pública, defensa nacional u ordenación urbana y territorial pueden dificultar o incluso hacer imposible establecer determinados centros.
 - D. Los centros emisores alternativos deberán situarse en emplazamientos próximos a los de ABERTIS, dado que las antenas receptoras están orientadas hacia los emplazamientos de ABERTIS, lo que, en la práctica, es a menudo imposible. Por lo tanto, la capacidad real de crear una red alternativa es muy limitada en la práctica.
 - E. El hecho de que los concesionarios de TDT se vean obligados a compartir los canales múltiples impide que cada concesionario pueda elegir libremente el operador de difusión de la señal. Su elección está condicionada por la elección de los concesionarios que compartan el canal múltiple.
 - F. La ausencia de obligaciones mayoristas de acceso a la red de ABERTIS, que no fueron formalmente impuestas hasta febrero de 2006 y efectivas hasta finales de de 2008.

Por ello, dados estos obstáculos técnicos y regulatorios, las posibilidades de entrada en el mercado nacional considerado por un competidor potencial de ABERTIS pasaba por entrar a través de una determinada zona geográfica en la que ya tuviese desplegada su propia red, como fue el caso de AXION.



La DI considera que las conductas imputadas a ABERTIS infringen tanto el art. 6 LDC como el art. 82 TCE, que tiene como presupuesto de aplicación que la conducta afecte a los intercambios comunitarios. En la Comunicación-Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario de los artículos 81 y 82 del TCE de 27/04/2004, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión Europea afirma que las conductas de empresas como ABERTIS, 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. 82 TCE (puntos 93 a 96). En consecuencia, el Consejo considera que las conductas imputadas a ABERTIS son objetivamente aptas para infringir la prohibición del art. 82 TCE.

SEXTO.- PRIMERA CONDUCTA IMPUTADA

La primera de las infracciones que la DI imputa consiste en *“abusar de su posición de dominio exigiendo, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006 y establecer una excesiva duración de los contratos con Veo TV en 2006 y con Net TV, Telecinco y Sogecable en 2008 con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.”*

1.- Valoración jurídica de la DI

Esta calificación jurídica de las conductas contractuales de ABERTIS parte de los siguientes hechos probados (HP 3): 1º) En los contratos firmados por ABERTIS en 2006 con SOGECABLE, TELECINCO y ANTENA 3 para la prestación del servicio soporte de la señal de TDT con cobertura al 80% de la población nacional se pactan cláusulas de penalización por resolución anticipada, que no existían en los contratos firmados con tales operadores de televisión en 2001, y que luego fueron eliminadas en los contratos firmados con SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en 2008; 2º) Que aquellos contratos firmados en 2006 tenían vigencia hasta abril de 2010 (fecha prevista del apagón analógico), salvo el contrato de VEO TV cuya duración era de 10 años e incluía cláusula de penalización por resolución anticipada; 3º) Que la larga duración de los contratos firmados en 2008 (8 + 4 años) tiene asociada un descuento del [CONFIDENCIAL] sobre el montante total del contrato.

Sobre esta base fáctica, la DI realiza las siguientes consideraciones: *“En primer lugar, parece adecuado analizar conjuntamente la duración de los contratos con descuentos asociados a la misma y las penalizaciones por resolución anticipada, ya que en ambos casos se trata de determinar si la vinculación contractual entre la empresa con posición de dominio y su cliente es suficientemente fuerte como para que imposibilite la entrada de nuevos competidores. Por ejemplo, en unos contratos de larga duración la existencia de unas cláusulas de resolución anticipada unilateral*



proporcionadas permitiría paliar los efectos exclusionarios. De forma inversa, unos contratos sin posibilidad de resolución no producirían un efecto de cierre si la duración fuera más limitada.

En este punto, hay que destacar que el establecimiento contractual de penalizaciones por la resolución unilateral del contrato puede tener un doble efecto sobre la competencia en el mercado, ya que en ausencia de las mismas se aplicaría el Código Civil. En consecuencia, unas penalizaciones proporcionadas reducirían el riesgo del cliente al romper el contrato, ya que no tendría que afrontar un litigio que podría resultar en el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios aún mayores. Pero, al contrario, unas penalizaciones contractuales desproporcionadas tendrían un efecto exclusionario mayor que la ausencia de las mismas, ya que serían superiores a las que se podrían determinar como resultado del litigio civil por ruptura del contrato.

Este comportamiento en una empresa en situación de dominio, consistente en una duración injustificadamente larga de los contratos podría producir el efecto de cierre de un mercado constituido por un número limitado de clientes, por lo que podría constituir un abuso de tipo exclusionario. Más aún si, a cambio de la larga duración, se pacta un descuento en el precio y se asegura retener al cliente, acordando importantes penalizaciones en caso de rescisión anticipada. Así sucede en el contrato de Abertis con Veo TV, aunque la duración del contrato sea solicitada por el cliente. La concesión por Abertis de un descuento del [CONFIDENCIAL] como contraprestación de una duración del contrato superior a la habitual, asegurada por penalizaciones en caso de rescisión anticipada, debe considerarse como una maniobra de fidelización del cliente y, por lo tanto, de exclusión de los competidores y revela una conducta anticompetitiva de la dominante.

Además, el establecimiento de penalizaciones coincide en el tiempo, con el intento del principal competidor potencial del denunciado, Axión de prestar el servicio a nivel nacional y con las negociaciones que éste llevó a cabo con las diferentes televisiones. En cuanto a los contratos firmados por Retevisión con Net TV y Veo TV, ya en el año 2003, al contratar el servicio en su modalidad de señal digital se incluyeron penalizaciones en caso de resolución anticipada. No obstante, los contratos firmados en 2003 fueron renegociados en 2006, coincidiendo con la contratación del servicio para los nuevos canales digitales adjudicados y con los intentos de AXIÓN de entrar en el mercado a nivel nacional, estableciéndose en todos los contratos, es decir, en los renegociados y en los nuevos, penalizaciones por resolución anticipada.”.

2.- Alegaciones de ABERTIS

Por el contrario ABERTIS alega que los contratos celebrados con NET TV, TELECINCO y SOGECABLE en 2008 no restringen la competencia, y que existe justificación objetiva para la inclusión de las cláusulas de resolución anticipada en los contratos de 2006, y para la larga duración de los citados contratos de 2008 y del contrato celebrado en 2006 con VEO TV.



En particular, y en lo que respecta a los contratos de 2008, ABERTIS argumenta su carácter no restrictivo en que los mismos tienen su origen en el concurso convocado por los tres radiodifusores en octubre de 2007, que AXION podría haber evitado, si hubiese cumplido la obligación recogida en los contratos suscritos con tales operadores para el incremental del 80 al 85% de la población nacional (cláusulas 16.2 de los contratos celebrados con TELECINCO y SOGECABLE), presentar una oferta para un 93% y un 96% de cobertura poblacional antes de una fecha determinada. AXION no presentó tal oferta, por lo que no cabe hablar de exclusión. Pero, sin perjuicio de esta alegación, ABERTIS igualmente considera que la convocatoria de concurso implica que la competencia se produce por el mercado y no en el mercado; es decir, se compete por la obtención de la concesión de la prestación de un determinado servicio, contexto en el que resulta relevante destacar el hecho de que AXION tuviese reconocido un derecho de tanteo para igualar la oferta de ABERTIS (ver documentos aportados por ABERTIS: f. 5078 y s.; 5138 y s.; 5198 y s. DI). En definitiva, el concurso habría permitido asegurar la existencia de competencia *ex ante* y, por ello, la ausencia de comportamiento exclusionario por ABERTIS, que incluso habría concurrido en desventaja competitiva por razón del citado derecho de tanteo reconocido a AXION. En todo caso, sigue añadiendo ABERTIS, las cláusulas de los contratos de 2008 tachadas como restrictivas de la competencia por la DI (duración del contrato y descuentos) fueron impuestas por los convocantes del concurso como condiciones de obligado cumplimiento para participar en el mismo, razón por la que no pueden constituir una conducta imputable a ABERTIS. Y siendo cierto que los convocantes también exigían la facultad de rescindir unilateralmente el contrato con una penalidad sustitutiva de cualquier obligación de indemnización de daños y perjuicios, su ausencia del contrato finalmente firmado no se puede utilizar como prueba de la independencia de comportamiento de ABERTIS frente a los convocantes, pues su supresión obedece al propósito de evitar que la DI extendiera este expediente sancionador a tales contratos, dando satisfacción a sus acusaciones relativas a las cláusulas de penalización previstas en los contratos firmados en 2006, mediante el mantenimiento de larga duración exigida por los convocantes y eliminando la penalización por rescisión anticipada unilateral. Por último, ABERTIS considera que habiendo competido con AXION de forma efectiva por el mercado (ambas presentaron ofertas), y dada la propia naturaleza exclusiva del servicio objeto del concurso, no resulta de aplicación la normativa comunitaria relativa a las restricciones verticales, tanto respecto de las cláusulas de no competencia como en relación con la duración de los contratos de exclusividad.

3.- Valoración jurídica del Consejo

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.

Asimismo, el Consejo considera que las alegaciones formuladas por ABERTIS, defendiendo la naturaleza no restrictiva de los contratos de 2008 antes referenciada, no son impedimento para realizar este análisis de competencia, por las razones que se desarrollan a continuación en los apartados siguientes.

3.1.- Frente a lo afirmado por ABERTIS, este Consejo entiende que AXION no tenía capacidad para evitar la celebración del concurso convocado por SOGECABLE y TELECINCO en octubre de 2007. AXIÓN no tenía esa capacidad porque los contratos celebrados con SOGECABLE y TELECINCO en enero de 2007 estaban sometidos a condición resolutoria (f. 3837 y 3987 DI), consistente en que AXION debía ser el único operador en los canales múltiples en los que ambos radiodifusores disponen de programas de TDT (canales 67 y 68). Una condición resolutoria impuesta por la propia estructura de los múltiplex, que impide la contratación independiente de los operadores de TDT, y que, por ello, dificultó la entrada en el mercado en tanto que exige del entrante (AXION) suscribir contrato de prestación del servicio con los radiodifusores que comparten dichos canales múltiples antes del 31 de marzo de 2007 (fecha posteriormente aplazada: f. 4935 DI). Así, en el caso del contrato de SOGECABLE (canal 67), AXION debía alcanzar acuerdo (antes de la fecha prevista) con LA SEXTA, y en el caso del contrato con TELECINCO (canal 68) que firmase con NET TV.

En este contexto contractual, el 29 de enero de 2007 LA SEXTA rechaza contratar con AXION (para el 5% de la población nacional adicional al 80% que ya tenía contratado con ABERTIS), al considerar que la oferta era demasiado costosa en comparación con la de la imputada, lo que niega AXIÓN que sostiene que su oferta a LA SEXTA era comparable a la aceptada por SOGECABLE, TELECINCO y NET TV (f. 3813 DI). Al respecto, quizá no sea del todo irrelevante resaltar el dato de la existencia de intereses económicos entre ABERTIS y MEDIAPRODUCCIÓN (accionista de referencia de LA SEXTA), que han creado la sociedad conjunta



OVERON, activa en el mercado español de los servicios de transporte de la señal audiovisual, con una cuota del 53% del mercado en 2007, seguida en segundo lugar por ABERTIS con el 22%, y en tercer lugar AXION con el 2% (véase el FD 9º.1).

En cualquier caso, la falta de acuerdo de AXION y LA SEXTA activó la mentada cláusula resolutoria del contrato de AXION con SOGECABLE, pese a lo cual el operador optó por mantener la relación contractual, en cuanto al alcance del 5% de cobertura adicional, prestándole AXION de forma efectiva este servicio entre agosto de 2007 y marzo de 2008, con el objeto de permitir una transición ordenada de la prestación del servicio a ABERTIS (en tanto que ganador del concurso convocado en octubre de 2007 y resuelto a principios de 2008), en el territorio en el que dispone de la mayoría de emplazamientos propios (Andalucía y Extremadura). Durante este tiempo, ABERTIS prestó servicio a LA SEXTA, pero esta coexistencia temporal de dos operadores del mismo canal múltiple con distinto proveedor fue posible únicamente por su carácter transitorio y por la limitada cobertura geográfica de las emisiones, que permitía transmisiones en zonas diferentes, pero hubiera resultado insostenible para coberturas territoriales coincidentes o plazos superiores.

Nuevamente, en todo caso, al no haber conseguido AXION firmar contrato con LA SEXTA, el contrato firmado en enero de 2007 con SOGECABLE quedaba automáticamente resuelto, perdiendo AXION la facultad contractual (cláusula 16.2) de presentar oferta por ampliaciones de cobertura poblacional (y exigir penalización alguna), y quedando libre SOGECABLE para convocar concurso para la provisión del servicio al 85% de la población nacional y a ámbitos superiores de la población en los lapsos de tiempo que marca el PTNTDT, lo que efectivamente hace en octubre de 2007.

En relación con el contrato suscrito por AXION con TELECINCO, es cierto que aquél logró firmar un acuerdo con NET TV (que comparte el múltiple 68 con TELECINCO) el 31 de julio de 2007 (f. 4929 ss DI), pero al igual que los otros dos contratos firmados en enero con SOGECABLE y TELECINCO se limita en firme a la cobertura incremental del 80% al 85% de la población nacional durante el periodo 1 de agosto de 2007 al 31 de diciembre de 2007, y sólo para el programa que NET TV dispone en el citado múltiple o canal 68, pues mantenía el contrato suscrito con ABERTIS para el programa que dispone en el canal o múltiple 66 (que comparte con RTVE y VEO TV, que también tienen contrato con ABERTIS). En este contrato de julio de 2007, NET TV se reservaba el derecho a negociar con otros clientes la prestación de servicios a partir del 1 de enero de 2008 para todas las coberturas previstas en el PTNTDT (cláusula 15.2, f. 4952 DI), y es lo que hace convocando en octubre de 2007 concurso para la prestación de servicio de la señal de su programa en el canal 68. La convocatoria del concurso dejó a TELECINCO en libertad para convocar también concurso en octubre de 2007, sin tener que pagar penalizaciones o la necesidad de recibir ofertas previas de AXION para ampliar la cobertura poblacional.



3.2.- Como conoce y ha alegado ABERTIS, los operadores de televisión SOGECABLE, TELECINCO y NET TV habían concedido a AXION un derecho de tanteo para igualar la oferta de otros competidores para el caso de que convocasen un concurso para la prestación del servicio considerado. La virtualidad de este derecho estaba condicionada a que la oferta inicial presentada por AXION al citado concurso no debía ser superior en un 5% a la del competidor (a la de ABERTIS; f. 5078 s.; 5138 s.; 5198 s. DI y manifestaciones de la DI en la Vista). El Consejo considera que este derecho de tanteo en modo alguno concedía a AXION una ventaja competitiva relevante frente a ABERTIS, como ésta ha alegado y por las razones que siguen.

La CMT ha reconocido de manera reiterada la práctica irreplicabilidad de la red de ABERTIS para coberturas superiores al 85%: *“La constitución de una red alternativa a la de RETEVISIÓN con una cobertura similar resulta prácticamente imposible a la vez que, probablemente, no viable económicamente. Tal y como se ha dicho previamente, para alcanzar una cobertura del 80% de la población en UHF se requieren únicamente 150 centros mientras que para alcanzar una cobertura superior al 95%, que es la que tiene RETEVISIÓN, se requieren más de 2.000 centros para analógico y unos 1.500 para digital. La cobertura marginal por encima del 80% de la población resulta especialmente onerosa lo que dificulta que pueda existir en este mercado otro operador alternativo a RETEVISIÓN”* (Resolución CMT de 12/06/2003 sobre condiciones de prestación del servicio portador del servicio de difusión de la señal de televisión digital, p. 18, f. 2219 DI y Resolución CMT de 2/02/2006 por la que se aprueba el análisis del mercado 18, pp. 13 y 14, f. 2110 DI).

Así, pues, cualquier operador alternativo a nivel nacional precisa, necesariamente, acceder a las infraestructuras del operador dominante. Sin embargo, y a pesar de haber transcurrido más de 2 años desde que la CMT aprobó las obligaciones impuestas a ABERTIS de ofrecer servicios mayoristas en virtud del análisis mercado 18 (2/02/2006), resulta que el regulador no ha podido disponer de la información necesaria para resolver sobre los precios de acceso y garantizar su orientación a costes. La mera enumeración de las Resoluciones dictadas por la CMT en el mercado 18 es suficiente para ilustrar esta situación regulatoria, y las dificultades que ha tenido que sortear el regulador sectorial: **1 junio 2006**: la CMT establece el método a usar por Abertis para la contabilidad de costes; **14 junio 2007**: la CMT aprueba el sistema de contabilidad de costes de Abertis a efectos garantizar la orientación a costes; **19 julio 2007**: la CMT aprueba las vidas útiles y la tasa anual de retorno para la contabilidad de costes de 2006; **26 julio 2007**: la CMT deniega la petición de Abertis de suspensión de la Resolución de junio de 2007 que aprueba el sistema de contabilidad de costes; **20 septiembre 2007**: la CMT aprueba la tasa anual de retorno para la contabilidad de costes de 2007; **18 octubre 2007**: la CMT estima parcialmente el recurso de Abertis contra la Resolución de junio de 2007 que aprueba el sistema de contabilidad de costes; **25 octubre 2007**: la CMT resuelve que Abertis ha de incluir Torre Collserola entre las



infraestructuras a las que debe ofrecer acceso a precios orientados a costes; **22 noviembre de 2007**: la CMT desestima el recurso de Abertis contra Resolución de 19 de julio de 2007 que aprueba la tasa de retorno; **20 diciembre 2007**: la CMT aprueba las vidas útiles para contabilidad de costes de 2007; **7 febrero 2008**: la CMT desestima el recurso de Abertis contra Resolución de 20 de septiembre de 2007 que aprueba tasa de retorno para 2007; **18 marzo 2008**: la CMT resuelve el conflicto de Axióon frente a Abertis por negativa de Abertis a facilitar a Axióon suficiente información para el acceso a sus centros; **10 abril 2008**: la CMT estima el recurso Abertis para la suspensión de entrega de información sobre centros de Abertis en lo referente a diagramas de radiación de antenas; **29 abril 2008**: la CMT desestima el conflicto planteado por Axióon solicitando acceso en Torrespaña bajo la modalidad de interconexión, al entender suficiente el acceso mediante coubicación; **19 junio 2008**: la CMT estima parcialmente el recurso Abertis a la Resolución 10 marzo 2008 relativa a información sobre sus centros; **16 octubre 2008**: la CMT desestima el recurso Axióon contra la Resolución de abril de 2008 relativa al acceso en Torrespaña en modalidad de interconexión; **20 noviembre 2008**: la CMT aprueba la verificación de resultados contabilidad de costes de Abertis de 2006, contemplando determinadas modificaciones a ser implementadas por Abertis. (véase también *infra* el f.d. 7º.3.3)

En definitiva, no ha sido hasta el 20 de noviembre de 2008 que la CMT ha podido aprobar la verificación de la contabilidad de costes de ABERTIS del año 2006, con la obligación de introducir determinadas modificaciones antes del 31 de diciembre de 2008.

En esta situación, caracterizada por la falta de una idea clara sobre precios mayoristas y por los conflictos existentes en materia de información sobre las características técnicas de los centros, el Consejo considera que cualquier operador alternativo a ABERTIS partía en situación de desventaja para ganar los concursos convocados por los 3 citados radiodifusores en octubre de 2007. A todo ello, todavía hay que añadir que de haber resultado AXION ganador de dichos concursos, habría tenido que asumir las penalizaciones de los tres radiodifusores por la ruptura de los contratos firmados con ABERTIS en 2006 para proporcionar la cobertura del 80%, elevando de esta manera los costes de entrada. Obviamente, ABERTIS al resultar adjudicatario de los concursos ahorró el coste de pagar las penalizaciones de dichos contratos de 2006, que en el caso de NET hubiesen sido unos 2 millones de euros, y en el caso de TELECINCO y SOGECABLE sobre unos 6 millones de euros cada uno (f. 1262, 2255 y 217 DI). Pero resulta, igualmente obvio, que para AXION la asunción de tales indemnizaciones le hacía muy difícil alcanzar el límite del precio de ABERTIS +5% para poder ejercitar ese derecho, sobre todo si se considera que los precios ofertados para las diferentes coberturas oscilaban entre 13 y 18 millones de euros para un canal múltiple completo (por ejemplo, f. 5633 DI), en un mercado donde la componente fuerte del precio es la cobertura del 80% de la población inicial (en torno a 12 millones por múltiple y año), ya que las coberturas adicionales hasta el 96% implican precios que crecen



relativamente muy poco en comparación con el número de emplazamientos; por ejemplo, para el 95% el precio anual es de 17,2 millones por múltiple y año. Por ello, para cualquier competidor de ABERTIS, el pago de las penalizaciones a que debían hacer frente los operadores de televisión que resolviesen anticipadamente los contratos suscritos con ABERTIS en 2006 para el 80% de la población nacional, constituía un coste bastante elevado en términos relativos, incluso para conseguir contratos de cobertura superiores (ver por ej. el citado f. 5633 DI).

3.3.- Por tanto, el Consejo no puede compartir la alegación de ABERTIS de que la convocatoria de los concursos por los 3 radiodifusores tantas veces señalados garantizó la libre competencia por el mercado.

En primer término, el Consejo considera que la competencia no se produce exactamente “por el mercado” sino “por el cliente”. La lucha competitiva por el mercado se caracteriza por dar lugar a la existencia, al menos temporalmente, de un solo operador en el mercado (el ganador del concurso). Sin embargo, en este mercado los operadores compiten, en determinados momentos temporales, por el cliente, sin que esta lucha de lugar a la existencia de un único operador en el mercado. AXION hizo intentos serios de entrar en el mercado que, de haber fructificado, no hubieran supuesto la expulsión de ABERTIS. Por tanto, se compite por el cliente y cada cliente tiende a aprovisionarse de un solo operador, al menos, en cada placa regional. De hecho, una de la ofertas de AXION a los operadores de televisión de ámbito nacional suponía entrar en el mercado a través de diversas placas regionales cubiertas por su red propia o por la red de otros operadores autonómicos, lo que de haber tenido éxito hubiese supuesto la convivencia con ABERTIS en el mismo mercado y para el mismo cliente, pero para placas regionales distintas.

Por otra parte, el Consejo considera que difícilmente se puede afirmar que existió competencia con igualdad de armas por los clientes convocantes de los concursos cuando, como se acaba de señalar en el punto anterior, AXIÓN o cualquier otro competidor de ABERTIS habría tenido que hacer frente a las elevadas penalizaciones impuestas por la propia ABERTIS por la resolución unilateral anticipada de los contratos de 2006, que quedaban resueltos por efecto de la adjudicación de tales concursos. Además, y como también ya se apuntó, AXIÓN no sólo partía en desventaja por la existencia de esas penalizaciones injustificadamente elevadas, sino también porque si bien los concursos abiertos por SOGECABLE, TELECINCO y NET TV exigían la contratación conjunta en un único lote de todas las coberturas previstas en el PTNTDT, tanto la inicial del 80% como las sucesivas hasta alcanzar el 96% previsto para abril de 2010, a la fecha de los concursos no se disponía, por las razones también apuntadas, de los elementos esenciales de la oferta mayorista de ABERTIS para acceso a sus centros (precio y características técnicas de los centros tales como espacio para coubicación, capacidad de los sistemas, disponibilidad de energía eléctrica,...). Tampoco se puede dejar de resaltar que los tres concursos recogían una condición resolutoria similar, en virtud de la cual los contratos que se firmasen como resultado de la



adjudicación del concurso quedarían resueltos de pleno derecho, si en el plazo de 5 días el operador seleccionado no garantizaba ser el único prestador del servicio para el canal múltiple completo, llegando para ello a los acuerdos necesarios con el resto de radiodifusores con los que se compartiera cada múltiple (por ej. f. 5164 DI):

| | Canal 66 | Canal 67 | Canal 68 | Canal 69 |
|---|----------|-----------|-----------|----------|
| 1 | RTVE | Sogecable | Telecinco | Antena 3 |
| 2 | Vevo Tv | Sogecable | Telecinco | Antena 3 |
| 3 | Vevo Tv | Sogecable | Telecinco | Antena 3 |
| 4 | Net Tv | La Sexta | Net Tv | La Sexta |

3.4.- ABERTIS ha alegado la existencia de poder compensatorio de la demanda, que se habría expresado a través de la imposición por los 3 radiodifusores de las condiciones que han tenido por conveniente en los concursos convocados en octubre de 2007, y en particular las que la DI considera como conductas abusivas imputables a ABERTIS.

Ya se ha argumentado de manera reiterada en los párrafos precedentes las condiciones en que fueron convocados y adjudicados dichos concursos, y la extrema dificultad para AXION o para cualquier otro competidor de concurrir a los mismos con alguna posibilidad de éxito. Al margen de esta circunstancia, suficiente para invalidar de por sí los argumentos esgrimidos por ABERTIS, es necesario señalar que los contratos finalmente firmados entre ABERTIS y los citados 3 radiodifusores en 2008 recogieron modificaciones significativas, respecto de los modelos de contrato inicialmente propuestos por los operadores. Varias de estas modificaciones resultan claramente beneficiosas para los intereses de ABERTIS, haciendo prueba de su poder negociador frente a los 3 radiodifusores convocantes. Modificaciones contractuales que tienen por objeto reforzar el cierre del mercado, garantizando la persistencia de ABERTIS como monopolista. En particular, estas modificaciones han tenido por objeto impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado en abril de 2010, fecha en la que se producirá la nueva ventana de oportunidad relacionada con la previsible adjudicación de nuevos canales múltiples, y con la adjudicación de un canal múltiple completo a cada uno de los radiodifusores privados, y de un canal múltiple adicional a RTVE (DA 3ª del RD 944/2005 por el que se aprueba el PTNTDT).

Se señalan a continuación los principales cambios producidos en los contratos finalmente suscritos entre ABERTIS y los tres radiodifusores en 2008, respecto de las propuestas de contrato incluidas en las ofertas de concurso, con el objeto de acreditar la especial gravedad de las conductas imputadas a ABERTIS.

a) La primera modificación afecta a la existencia en la propuesta de contrato de una cláusula contractual que regulaba la facultad del operador de radiodifusión de resolver de forma unilateral y anticipada el contrato, que ha desaparecido en los contratos finalmente suscritos. ABERTIS ha reconocido



que dicha eliminación se produjo a su instancia, pero movida por la opinión negativa expresada por la DI, y con el objeto de evitar la inclusión de los contratos de 2008 dentro de este expediente sancionador.

El Consejo no puede compartir esta opinión, que no pasa de ser una conjetura sin fundamento cierto alguno. La lectura del PCH de 16/01/2007 deja claro que la DI no sostiene la ilegalidad *per se* de las cláusulas de penalización por resolución unilateral y anticipada de los contratos, sino sólo en la medida en que su cuantía no esté justificada en las nuevas inversiones a realizar por ABERTIS (f. 4424 DI). Más tarde, a la luz de las alegaciones al Pliego y del Informe de la CMT, en el Acuerdo de sobreseimiento, la DI insiste en que “la interpretación de las cláusulas de penalización por rescisión anticipada puede ser procompetitiva” (f. 4435 DI). En el mismo sentido, en la Resolución de 6/11/2007 por la que se acuerda revocar el mencionado acuerdo de sobreseimiento, el Consejo de la CNC “acepta que pueda existir justificación para fijar determinadas penalizaciones por la resolución anticipada de los contratos, tal como señala la CMT”. Siguiendo este posicionamiento del Consejo, en el PCH de 14/04/2008, la DI afirma que “*unas penalizaciones proporcionadas reducirían el riesgo del cliente al romper el contrato, ya que no tendría que afrontar un litigio que podría resultar en el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios aún mayores. Pero, al contrario, unas penalizaciones contractuales desproporcionadas tendrían un efecto exclusionario mayor que la ausencia de las mismas, ya que serían superiores a las que se podrían determinar como resultado del litigio civil por ruptura del contrato*” (f. 5788 DI). Queda, pues, patente que no es posible imputar a “la preocupación” manifestada por la DI la desaparición del contenido de los contratos de 2008 de la facultad de resolución unilateral anticipada con cláusula de penalización, sino que bien al contrario su supresión del contenido contractual hace prueba de la independencia de comportamiento de ABERTIS ante los operadores de televisión.

b.- La segunda modificación afecta a la duración del contrato. Los modelos de contratos iniciales contemplaban una duración hasta 31 de diciembre de 2016 (ej., f. 5164 DI), unida a la ya mencionada cláusula de resolución unilateral anticipada, sin previsión alguna sobre prórrogas o ampliaciones de plazo. En los contratos finales no solo desaparece la cláusula de resolución anticipada, sino que se inserta la facultad del operador de televisión de ampliar la duración del contrato por cuatro años más (hasta abril de 2020), incrementado por tanto el efecto cierre. Y a cambio de estas modificaciones, ABERTIS ofrece a sus clientes un descuento global del 2,5% del precio “en atención a la vigencia contractual pactada” (por ej., f. 5524 DI), y un nuevo descuento que no estaba previsto en la propuesta de contrato de los operadores de televisión. Se trata de la cláusula 13.1ª (por ej., f. 5529 DI), en virtud de la cual se establece una reducción de la tarifa en un [CONFIDENCIAL] durante 24 meses entre abril de 2008 y marzo de 2010, en concepto de “colaborar a la implantación de la TDT”. El importe total de este descuento es de [CONFIDENCIAL], pero no sólo resulta relevante el importe, sino el hecho de que las cantidades cobradas por este concepto tendrán que ser devueltas a ABERTIS



si la otra parte contractual decide rescindir anticipadamente el contrato por cualquier causa distinta al incumplimiento contractual por ABERTIS, y ello con independencia de la indemnización que proceda por la resolución anticipada del contrato. Es decir, esta cláusula 13.1ª aunque formalmente acoge un descuento constituye desde un punto de vista económico una penalización, cuyo objetivo es desincentivar la ruptura del contrato antes de que se produzca el apagón analógico, fecha en la que sería más probable la entrada de un competidor.

A juicio del Consejo, este entramado de descuentos y penalizaciones ligados (directa o indirectamente) a la larga duración del contrato tiene por objeto o, cuando menos, produce el efecto de cerrar el mercado en abril de 2010, fecha en que habrá una nueva ventana de entrada al mismo, estableciendo un descuento en el precio que se termina justo en dicha fecha, y acompañado de una fuerte indemnización por el importe descontado que mantendrá su vigencia hasta el año 2016 o 2020 si la duración del contrato es ampliada. En consecuencia, si en 2010 cualquier operador quisiera cambiar de proveedor, a la incertidumbre generada por la indemnización que pudiera fijarse por resolución del contrato en la jurisdicción civil, el nuevo competidor se vería obligado a hacer frente en nombre del radiodifusor a una indemnización a ABERTIS de casi [CONFIDENCIAL]. La naturaleza de estos descuentos y su coincidencia con la fecha de abril de 2010 no puede tener otra explicación racional que la de cerrar el mercado a la competencia.

c.- En tercer lugar, existe otro grupo de modificaciones que, sin tener la relevancia a efectos de cierre de mercado de los anteriores, contribuyen a reforzar la idea de un elevado poder negociador de ABERTIS frente a los operadores convocantes de los concursos, cuestión que igualmente ha sido ratificada por SOGECABLE y TELECINCO en la Vista ante el Consejo. Así en los contratos finalmente firmados se han introducido (ej., f. 5299 DI) modificaciones favorables a ABERTIS en materia de garantías para la ejecución del contrato, eliminando por ejemplo la exigencia de garantías solidarias de un tercero (ej., f. 5171 DI), o la fijación de un importe elevado de las posibles cantidades garantizadas (ej., f. 5172 DI). De la misma manera se han introducido en los contratos finales determinadas modificaciones en cuanto a las condiciones y requisitos para la resolución anticipada del contrato favorables a ABERTIS.

SÉPTIMO.- JUSTIFICACIÓN OBJETIVA

Afirmado, pues, conforme a lo razonado en el fundamento de derecho anterior, que las penalizaciones impuestas por ABERTIS a sus clientes por la resolución anticipada de los contratos firmados en 2006, y la excesiva duración de los contratos con VEO TV en 2006 y con NET TV, TELECINCO y SOGECABLE en 2008 tienen un evidente efecto de cierre de mercado o de exclusión de la competencia, ahora procede valorar su carácter ilegal (por constituir una conducta de abuso de posición dominante prohibida por los arts. 82 TCE y 6 LDC), lo que vendrá determinado por la existencia o la ausencia de justificación objetiva para la



conducta imputada. A este respecto, no está de más señalar lo que dice la Comisión Europea en sus Orientaciones sobre las prioridades de control en su aplicación del art. 82 del TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes: *“En su aplicación del artículo 82, la Comisión también examinará las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta. Esta justificación de la empresa dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores. En este contexto, la Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante”*.

Por ello, en los párrafos que siguen se procede, primero, a la exposición de las posiciones de la DI y de ABERTIS para, luego, exponer la valoración que realiza este Consejo.

1.- Valoración jurídica formulada por la DI

La DI considera que *“La justificación objetiva de las penalizaciones por la rescisión anticipada de los contratos puede residir en la amortización de nuevas inversiones a realizar para la prestación del servicio, pero sólo es válida si se trata de nuevas inmobilizaciones, siempre y cuando sean efectivamente imputables de manera directa y exclusiva a dicho servicio y, además, la pérdida del cliente amenace realmente la amortización de las mismas. Por lo tanto y para una empresa dominante, podría no ser justificable establecerla para amortizar inversiones ya realizadas ni para nuevas inversiones en mejoras y adaptaciones de las instalaciones preexistentes, cuando éstas sean las únicas por las que se pueda prestar el servicio, sea por la propietaria o por quien resultare titular de un derecho de acceso. En consecuencia, la penalización por rescisión anticipada sólo estaría justificada, con carácter limitado, a las nuevas inversiones a realizar por Abertis en las regiones en las que existen instalaciones alternativas de otros operadores y no, con carácter general, a la totalidad de nuevas inversiones requeridas por el paso generalizado a la televisión digital terrestre y, aún menos a aquellas inversiones que fueron realizadas previamente para otros operadores, ya desaparecidos, de televisión digital como Quiero TV. [subrayado añadido]*

De acuerdo con los datos de Abertis, las inversiones para prestar el servicio de difusión con una cobertura del 80 % supusieron [CONFIDENCIAL] entre 2005 y 2007. Por lo tanto, podría existir una justificación a la hora de limitar la capacidad de resolver los contratos con sus clientes. En principio, aunque no todas estas inversiones cumplen con los requisitos antes enunciados, esta Dirección considera conveniente realizar el análisis en la situación más favorable para Abertis.

En segunda instancia, habría que analizar, como señala el Consejo, si las penalizaciones o la duración de los contratos son proporcionadas al riesgo asumido por Abertis. En primer lugar, habría que determinar la verdadera especificidad de la inversión en infraestructuras. En este punto, Abertis afirma que los activos serían no reutilizables y que, por lo tanto, su valor residual sería nulo (...). No obstante,



podría existir la posibilidad de que parte de los equipos e instalaciones fueran empleados para ofrecer servicios de difusión a operadores de televisión autonómicos y locales como señala la CMT (...). De hecho, como consta en el Hecho Acreditado 6, Abertis emplea sus centros tanto para TDT nacional como para otros servicios. [HP 8]

Además, en aquellos lugares donde no existe infraestructura alternativa por ser irreplicable, un potencial competidor estaría obligado a hacer uso de las instalaciones de Abertis bajo las correspondientes modalidades de acceso, tal y como señala la CMT en su resolución sobre las obligaciones del mercado 18.

Por otra parte, Abertis reconoce que las inversiones efectuadas son comunes para todos los clientes de TDT nacional (...). Por lo tanto, si un determinado operador no firmara o decidiera rescindir su contrato con Abertis, las inversiones seguirían siendo necesarias para atender a los clientes que continuasen con Abertis. En consecuencia, no se tratarían estrictamente de inversiones específicas vinculadas a cada contrato, sino repartidas proporcionalmente entre la totalidad de los contratos. Adicionalmente, en abril de 2010 habrá al menos 3 canales múltiples digitales nacionales adicionales, y este crecimiento del mercado ofrecería a Abertis otra posibilidad de usar sus inversiones para todo o parte de este nuevo mercado. También en esa fecha se incrementará el mercado de TV digital autonómica, al estar previsto un segundo canal múltiple en cada comunidad autónoma, tal y como se señala en la Disposición adicional 3ª del PTNTDT.

En segundo lugar, hay que analizar si la duración de los contratos se ajusta al riesgo de realizar las inversiones. En este caso, un método adecuado puede ser, atendiendo a los ingresos y gastos operativos, determinar el plazo de recuperación de las inversiones realizadas. Tomando como referencia para los ingresos el contrato de Telecinco y para los gastos los señalados por Abertis, el plazo de recuperación de la inversión para un múltiplex sería [CONFIDENCIAL].

En nota al pie, la DI aclara que “Como unidad base se ha tomado el múltiplex. Los datos de inversión, OPEX anual e ingresos han sido facilitados por Abertis. A partir de los mismos, se calcula el flujo de caja anual como la diferencia entre ingresos y OPEX. Por último, el cociente entre la inversión y el flujo de caja anual sería el número de años que se tardaría en recuperar la inversión realizada para prestar el servicio. Los resultados de este análisis no difieren sustancialmente en función del contrato que se tome como referencia.

| | |
|------------------------------|----------------|
| Inversión | [CONFIDENCIAL] |
| Opex anual | [CONFIDENCIAL] |
| Ingresos anuales | [CONFIDENCIAL] |
| Flujo de caja anual | [CONFIDENCIAL] |
| Plazo de recuperación | [CONFIDENCIAL] |

Y en texto continúa: “En consecuencia, una duración del contrato superior a 8 años, como el firmado con Veo en 2006, resulta claramente excesiva.



En tercer lugar, queda por analizar la proporcionalidad de las penalizaciones, para lo que podemos seguir un procedimiento similar al anterior. En el peor de los casos, si el cliente decidiera resolver el contrato un día después de su entrada en vigor, la empresa ingresaría [CONFIDENCIAL] meses de servicio prestado, ya que es el plazo establecido de preaviso en el contrato, y [CONFIDENCIAL] meses de penalización. Teniendo en cuenta los gastos operativos de ese medio año de servicio y la inversión proporcional correspondiente al múltiplex, Abertis tendría como mínimo una cobertura del [CONFIDENCIAL],

En nota al pie, la DI aclara que: “Como unidad base se ha tomado el múltiplex, tomando todos los datos de la información facilitada por Abertis. Los ingresos percibidos por prestación del servicio se obtienen por los [CONFIDENCIAL] meses en los que se sigue prestando el servicio tras solicitar la rescisión del contrato, mientras que las penalizaciones corresponden a los [CONFIDENCIAL] meses previstos en el contrato para resolución en el primer año. En cuanto a los gastos, se recoge la inversión realizada en el múltiplex y los gastos operativos correspondientes a los [CONFIDENCIAL] meses durante los que se prestaría el servicio. Por lo tanto, los beneficios son la diferencia entre ingresos y gastos, mientras que el grado de cobertura es el cociente entre ambas magnitudes.

| | | | |
|-------------------------|----------------|-----------------------|----------------|
| Ingresos totales | [CONFIDENCIAL] | Gastos totales | [CONFIDENCIAL] |
| Prestación del servicio | [CONFIDENCIAL] | Inversión | [CONFIDENCIAL] |
| Penalizaciones | [CONFIDENCIAL] | OPEX | [CONFIDENCIAL] |
| Beneficio | [CONFIDENCIAL] | | |
| Cobertura | [CONFIDENCIAL] | | |

Y en texto continúa. “es decir, ingresaría un [CONFIDENCIAL] más de lo que ha gastado en total (inversión y gasto operativo). Si se repite el análisis para años sucesivos, en el peor escenario, obtendría coberturas superiores. En definitiva, no sólo se estaría cubriendo del riesgo por resolución anticipada, sino que tiene garantizada una rentabilidad superior al [CONFIDENCIAL].

Por otra parte, dado el plazo de recuperación de la inversión señalado anteriormente, [CONFIDENCIAL] años, no se puede considerar justificada ni proporcionada ninguna penalización por resolución anticipada, pues el operador ya habría recuperado toda la inversión realizada, que, además, podría ser susceptible de ser reutilizada parcial o totalmente para otros clientes o servicios.

En el caso de los tres contratos firmados en 2008 se ha eliminado la posibilidad de rescisión anticipada de los contratos, lo que unido a su duración de 8 años ampliables, provoca que el efecto de cierre del mercado sea total y desproporcionado.

En conclusión, la duración y las penalizaciones por resolución anticipada de contrato resultan desproporcionadas a la hora de salvaguardar la inversión realizada por Abertis, ejerciendo, además, como una importante barrera de entrada. En este sentido, hay que considerar que se trata de un mercado con



importantes barreras de entrada y con pocos clientes (7 operadores nacionales de TDT). En consecuencia, las ventanas de oportunidad para entrar en el mercado son forzosamente reducidas, pero la conducta de Abertis habría supuesto un impedimento adicional.

No obstante, también habrá que considerar el hecho de que sean las propias televisiones quienes demanden en parte este tipo de contratos de larga duración. Con el objetivo de salvaguardar la competencia, una solución óptima podría ser admitir los contratos de duración largos, tal y como pretenden los operadores de televisión, pero vigilar que las penalizaciones por resolución anticipada de los mismos sean proporcionadas al riesgo real que asume el proveedor de servicios. En cualquier caso, esta circunstancia no exime de responsabilidad a Abertis, ya que existe sólida jurisprudencia (...), según la cual una conducta puede ser abusiva, aunque beneficie, en primera instancia, a los clientes, como ocurre en el caso de los descuentos de fidelización.”

2.- Alegaciones de ABERTIS

Frente a esta argumentación, ABERTIS considera que existe justificación objetiva tanto para la inclusión de las cláusulas de resolución anticipada en los contratos de 2006, como para la larga duración de los contratos de 2008 y del contrato con VEO TV de 2006.

A modo de alegación previa, sostiene que la visión de conjunto de las conductas imputadas resulta errónea, entre otras razones, porque si existe justificación objetiva para cada una de ellas (como así dice que demuestra) no es posible afirmar que no existe tal justificación objetiva para su conjunto.

2.1.- Cláusulas de resolución anticipada

ABERTIS razona que las cláusulas de resolución unilateral anticipada del contrato implican necesariamente la existencia de una compensación o penalización, como mecanismo que permite dar cumplimiento a las expectativas recíprocas creadas por las partes. Además aportan flexibilidad a la relación contractual, y permiten amortizar el coste real de las inversiones realizadas para poder prestar el servicio contratado. Por ello, como admite la DI en su Informe Propuesta, no dan lugar a un efecto de exclusión por sí mismas.

En lo que hace al análisis de proporcionalidad de la concreta cuantía de las penalizaciones por resolución anticipada introducida en los contratos de 2006, ABERTIS niega que haya aceptado el método de cálculo empleado por la DI en el análisis de esta proporcionalidad. Primero, porque aun siendo la cuantía de las inversiones realizadas y su plazo de amortización un factor relevante no deja de ser complementario en orden a la fijación de la compensación pactada, pues este tipo de cláusulas penales tratan de salvaguardar a una parte de los eventuales incumplimientos de la otra, sustituyendo a la indemnización por daños y perjuicios y el abono de intereses que procedería, sin que a estos efectos tenga relevancia la posición dominante de ABERTIS. Segundo, y en lo relativo a la cuantía de las



inversiones realizadas, ABERTIS ha incurrido en inversiones específicas tanto para la prestación del servicio de difusión de TDT a nivel nacional, como específicas para el cliente de TDT nacional. No se puede admitir que las inversiones realizadas con ocasión del establecimiento de la red de TDT deban considerarse costes hundidos, pues su magnitud hacía imposible que se pudieran amortizar únicamente sobre la base del contrato con QUIERO TV, y aún hoy no habrían sido amortizadas completamente. En este sentido, ABERTIS sostiene que la reutilización de los activos de esa inversión realizada para el despliegue original de la red TDT no constituye la prueba (como dice la DI) de que los activos sean reutilizables total o parcialmente, pues determinados activos son específicos de los clientes de TDT nacional y no reutilizables en absoluto.

Por ello, concluye ABERTIS, la cuantía de las penalizaciones por resolución anticipada incluidas en los contratos de 2006 son manifestación del “legítimo esfuerzo competitivo” que puede ejercitar un operador dominante sin incurrir en prácticas anticompetitivas. Y prueba de ello lo sería el hecho de que AXION incluyó penalizaciones de la misma naturaleza en los contratos firmados en 2007, incluso de cuantía muy superior a las que figuran en sus contratos.

2.2.- Duración de los contratos

ABERTIS insiste en que la duración de los contratos, como práctica excluyente, ya ha sido objeto de pronunciamiento favorable anterior por la CMT, por el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia y por la Comisión Europea, en tanto que fórmula necesaria para la recuperación rentable de las inversiones incurridas. En este sentido, ABERTIS manifiesta su disconformidad con el método de cálculo utilizado en el análisis de las inversiones realizadas, pues considera que el cálculo de las inversiones no puede circunscribirse a las realizadas hasta 2005, obviando las realizadas con anterioridad a la finalización de emisiones de QUIERO TV, dándolas por totalmente amortizadas a partir de entonces, cuando entiende que es evidente que las infraestructuras instaladas, así como las que siguieron a éstas en el despliegue de red, tenían todas ellas como vida útil un horizonte temporal más lejano que el que propone la DI. Por ello, ABERTIS se remite a la propuesta realizada en el escrito de Alegaciones al PCH de 30 de abril de 2008 y, en consecuencia, sostiene que hay justificación objetiva para las duraciones de los contratos basada en las inversiones realizadas.

Dicho esto, ABERTIS añade que la inversión ni puede ni debe ser el único factor que haya que tener en cuenta al valorar la corrección del plazo, como tampoco la de los descuentos ofrecidos en su virtud, pues existirían en el mercado, tanto en su funcionamiento como entre los operadores, infinidad de circunstancias que suponen una explicación razonable, y por tanto exculpatoria, del hecho imputado. En primer lugar, las licencias de radiodifusión y las concesiones para la ocupación del dominio público radioeléctrico son de una duración idéntica a la que aquí se discute, pues son los radiodifusores quienes exigen que el plazo del contrato para la prestación del servicio coincida con el término por el que están habilitados para



realizar emisiones. En segundo lugar, la CMT ha considerado conforme a los requisitos para el mantenimiento de la competencia en el mercado duraciones de 1, 5 y 10 años, de entre las que VEO TV optó libremente por la última de ellas. Por último, y por lo dicho, ABERTIS entiende que ni el Consejo ni la DI han valorado correctamente la presión ejercida por las televisiones para la inclusión del plazo de duración de los contratos; son ellas en su deseo de ajustar la prestación del servicio a la duración de las exigencias quienes deben considerarse responsables de la larga duración contractual pactada.

3.- Valoración jurídica del Consejo

3.1.- Valoración de conjunto de las conductas de ABERTIS

El Consejo comparte con ABERTIS que si existe justificación objetiva para cada una de las cláusulas contractuales que la DI considera restrictivas de la competencia no es posible concluir, en una valoración de conjunto de las mismas, lo contrario: que no están objetivamente justificadas. Cuestión distinta es que un enfoque de la prohibición de abuso de posición dominante, centrado más en sus efectos sobre el mercado que en la forma o naturaleza jurídica de las conductas adoptadas a lo largo de un periodo de tiempo, exija un examen conjunto o global de las distintas conductas o mecanismos contractuales utilizados por una empresa mercado dominante con un mismo objeto o efecto: cerrar el mercado a la competencia.

En este sentido, y más allá de las cuestiones de evaluación cuantitativa para determinar la existencia de una posible justificación objetiva para determinados comportamientos de ABERTIS, este Consejo considera necesario recordar (como ha hecho la DI en el PCH y en el Informe Propuesta), que el mercado de la difusión de señales de televisión es un mercado caracterizado por la existencia de muy escasas ventanas de oportunidad para la entrada de operadores al mercado. La demanda de servicios de difusión por parte de los radiodifusores de televisión viene determinada por la oferta de nuevos recursos de espectro radioeléctrico, que permiten bien la entrada de nuevos radiodifusores (NET TV, VEO TV y LA SEXTA), o bien la ampliación del número de programas de cada radiodifusor. Así lo ha señalado de manera literal la CMT cuando analiza las barreras de entrada a este mercado: *“las ventanas de oportunidad para entrar en el mercado son muy reducidas y coinciden con momentos muy precisos en los que o bien se incrementan las concesiones o bien se renuevan la existentes”* (Resolución de 20 de septiembre de 2005, relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la obligación por parte de ABERTIS de suministrar acceso e interconexión a su red a AXION, p. 13).

El Consejo quiere subrayar que dadas las características del servicio concernido, la contratación se lleva a cabo en momentos puntuales y por un periodo de tiempo determinado. Por tanto, la competencia entre las empresas se lleva a cabo en el momento de la contratación donde los operadores compiten por el cliente, generalmente mediante concurso. Una vez asignado el servicio a un operador, las



posibilidades de entrada son limitadas. En concreto, se pueden apreciar tres ventanas u oportunidades de competir por el cliente, que serían las siguientes:

La primera ventana se abre con la implantación de la TDT en 1999, siendo ABERTIS todavía el monopolio legal prestador del servicio. A partir de esta situación construye una red de difusión de ámbito nacional con una cobertura inicial del 80% de la población, y la amplía a coberturas superiores previstas en la normativa sectorial sobre la base de utilizar los emplazamientos que ya dispone para dar cobertura a las emisiones de televisión analógica.

La segunda ventana se produce en 2005, momento en que se amplía el mercado al conceder el Gobierno a los radiodifusores privados los programas inicialmente asignados a QUIERO TV, e introducir de manera simultánea un nuevo operador en el mercado (LA SEXTA). Sin embargo, las obligaciones de cobertura y los canales radioeléctricos involucrados coinciden exactamente con los ya desplegados por RETEVISION entre 1999 y 2001 y, además, existían otras cuatro importantes barreras para la entrada de competidores en el mercado. La primera está relacionada con los breves plazos y las obligaciones de cobertura previstos en la nuevo PTNTDT (3 meses para presentar un plan, 1 mes más para iniciar emisiones, y otro mes para alcanzar el 80% de cobertura para todos los programas), que hacían difícil la entrada de otro competidor en el mercado (así lo reconoce AXION: f. 129 Consejo). La segunda barrera radica en la exigencia, por razones técnicas, de que un solo operador difunda el canal múltiple completo, unido a la coexistencia de varios radiodifusores en cada canal múltiple. La tercera barrera consiste en la ausencia en esa fecha de obligaciones mayoristas de acceso a la red de ABERTIS, que no fueron impuestas hasta febrero de 2006. La cuarta barrera la constituyen los contratos en vigor ya firmados entre ABERTIS y los radiodifusores privados (excepto LA SEXTA) en 2001 y 2002 para la difusión de 1 programa digital a cada operador, y que hubieran tenido que ser resueltos de manera unilateral con la indemnización correspondiente conforme al Derecho de daños.

El efecto de cierre de estas barreras técnicas y regulatorias resultó incrementado de forma significativa por las conductas desplegadas por ABERTIS, con el objeto de neutralizar los serios intentos de AXION de entrar en el mercado durante el año 2005 (f. 126 a 139 Consejo). Posibilidad de entrada que, por las barreras apuntadas, pasaban por intentar prestar el servicio en aquellas zonas geográficas (Andalucía, Extremadura) en las que disponía de emplazamientos propios que le permitían crear una red propia de difusión. No obstante ABERTIS, a través de descuentos injustificados por contratación del servicio en todo el territorio nacional para los operadores que solicitaron esta clase de oferta por placas regionales, impidió que su competidor pudiera aprovechar las posibilidades de entrar en el mercado.

En 2006 (aunque con efectos de noviembre de 2005) ABERTIS suscribe con todos los radiodifusores contratos de larga duración que incluyen cláusulas de



penalización injustificadamente elevadas por resolución anticipada del contrato. Durante el periodo 2006-2007, AXION realiza diferentes intentos de entrada en el mercado, que de nuevo resultan fallidos por tres razones fundamentales. En primer lugar porque se mantiene la exigencia de un operador único para cada canal múltiple, con los efectos ya explicados. En segundo lugar por la necesidad de hacer frente a elevadas penalizaciones por resolución de los contratos firmados en 2006 por sus potenciales clientes con ABERTIS. En tercer lugar por carecer de elementos esenciales y, en especial, de los precios en la oferta mayorista de acceso a la red y a los centros de ABERTIS por parte de sus competidores, impuesta a este operador por la CMT en virtud del correspondiente análisis del mercado 18. Esta información técnica y económica de las condiciones de acceso a la red de ABERTIS es esencial para poder realizar una oferta competitiva por parte de sus competidores. Sin embargo, y tras 17 resoluciones adoptadas por la CMT en relación directa con el mercado 18, no será hasta 31 de diciembre de 2008 cuando se disponga de la contabilidad de costes de ABERTIS correspondiente al ejercicio 2006, a partir de la cual la CMT pueda determinar la orientación a costes de los precios de los servicios mayoristas que ABERTIS está obligada a ofrecer.

En este contexto se desarrollan entre octubre y diciembre de 2007 los concursos convocados por SOGECABLE, TELECINCO y NET TV. Un proceso en el que, como se ha argumentado en el anterior fundamento de derecho, ABERTIS se aseguró mediante las prácticas imputadas la obtención de una clara ventaja competitiva. Como ganador de los concursos, en enero y marzo de 2008, ABERTIS firma nuevos contratos con estos tres radiodifusores; contratos de muy larga duración (2016 ampliable a 2020), en los que se han introducido modificaciones relevantes respecto de los propuestos inicialmente por los radiodifusores. En particular, se produce la desaparición de la cláusula de resolución anticipada unilateral, se introduce la facultad de ampliar la duración hasta 2020, y un “descuento promocional” para el periodo de dos años que media entre abril de 1998 y hasta abril de 2010 (fecha del apagón analógico), con la obligación de devolución del total de las cantidades descontadas si los contratos fueran objeto de resolución en cualquier momento y por cualquier causa distinta del incumplimiento, y a mayores de la indemnización que corresponda conforme al Derecho de daños.

El efecto de estos contratos es claro: el cierre efectivo del mercado para la próxima ventana de oportunidad (la tercera ventana) que se producirá en abril de 2010, tras el denominado apagón analógico, momento en que se ampliará el número de canales múltiples disponibles, y está previsto que cada radiodifusor privado pueda acceder en exclusiva a la explotación de un canal múltiple completo, y RTVE a dos canales (DA 3ª del RD 944/2005).

Este relato de cómo se ha conducido la liberalización de este mercado, las barreras que subsisten en los momentos en que se producen ventanas de oportunidad de entrada, y como ha respondido el operador incumbente y dominante a los intentos de entrada de AXION, en opinión del Consejo fundamentan sobradamente la necesidad de una análisis y valoración de conjunto



de las conductas de ABERTIS, con el objeto de valorar adecuadamente sus efectos sobre la competencia efectiva en el mercado.

3.2.- Cláusulas de resolución anticipada con penalizaciones

El Consejo igualmente comparte con ABERTIS que tiene legítimo derecho a “protegerse de los incumplimientos contractuales de las entidades con las que contrate”, introduciendo al objeto las pertinentes cláusulas contractuales. Pero ABERTIS no puede desconocer que la defensa de sus legítimos intereses económicos debe ser proporcionada; esto es, debe desplegarse dentro de los límites que, en particular, resultan de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a las empresas con posición dominante en el mercado.

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

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

Por tanto, en primer lugar, es preciso resaltar nuevamente que cuando se abre la primera ventana de entrada al mercado de servicio de difusión de la TDT (1999) RETEVISION ostentaba el monopolio legal para el servicio de difusión de señales de televisión, que formalmente finalizó en abril de 2000. En segundo lugar, y en cuanto a las inversiones realizadas para alcanzar en diciembre de 2001 la cobertura del 80% en los canales 66 a 69 (inicialmente usados por QUIERO TV, NET TV y VEO TV, y en la actualidad por los radiodifusores privados), ABERTIS ha recibido entre noviembre de 1999 y junio de 2002 los ingresos provenientes del contrato que tenía suscrito con QUIERO TV para la difusión de 14 programas, y entre junio de 2002 y octubre de 2005 los ingresos provenientes de los 2 programas adjudicados respectivamente a NET TV y VEO TV. A partir de noviembre de 2005, los 16 programas dentro de los canales 66 a 69 son completamente utilizados de nuevo por los radiodifusores privados (y 1 de ellos por TVE), prestándoles ABERTIS el servicio difusión de la señal a todos ellos. Así,



pues, con independencia de la situación de la amortización contable de las inversiones realizadas por ABERTIS en los años 1999 a 2005, ABERTIS mantuvo sendos contratos durante este periodo para la difusión de señales de QUIERO TV, NET TV y VEO TV, sin que haya acreditado que los ingresos obtenidos por estos contratos hubieran sido insuficientes para recuperar la inversión realizada y los correspondientes costes operativos, o en su caso la posible cuantía pendiente de recuperación con independencia del criterio contable utilizado para la amortización de los elementos correspondientes.

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

A pesar de ello, el Consejo aprecia que la DI ha realizado sus estimaciones asumiendo como válidas las premisas aportadas por ABERTIS en sus escritos de 24 de enero y 26 de marzo de 2008. Que la DI tampoco ha entrado a cuantificar la posible reutilización de los activos e inversiones realizados por ABERTIS en el periodo 2005-2007 para ofrecer la cobertura del 80%, a efectos de sus cálculos para establecer la cuantía y proporcionalidad de las indemnizaciones por resolución anticipada, pese a que la CMT de manera reiterada ha puesto de manifiesto la viabilidad de dicha reutilización: *“No obstante, en el caso que nos ocupa, se ha de tener en cuenta que las infraestructuras que conforman la red de difusión se pueden utilizar, en la parte que supone mayores inversiones para el operador (mástiles, equipos de alimentación eléctrica, casetas, terrenos), para la prestación de otro tipo de servicios, como pueden ser servicios de comunicaciones móviles, de grupo cerrado de usuarios (trunking), de alquiler de espacio a otros operadores,.... Los equipos de transmisión de la señal son específicos del servicio de difusión, aunque su coste no es significativo en comparación con la infraestructura que sí es reutilizable.”* (RCMT mercado 18, f. 2110 DI). Y a estos efectos resulta procedente poner de relieve que ABERTIS ha señalado que [CONFIDENCIAL], de las inversiones realizadas en 2005-2007, están, precisamente, destinados a mejoras en las infraestructuras de los emplazamientos.

Por consiguiente, el Consejo considera acertada la posición de la DI de que ABERTIS no puede pretender que los cálculos utilizados para evaluar la proporcionalidad de las indemnizaciones se realicen considerando que los activos provenientes de las inversiones de los años anteriores a 2005 son reutilizables y, por ello, han de recogerse en el importe no amortizado, y al mismo tiempo que se admita que las inversiones realizadas en el periodo 2005-2007 no son reutilizables en el futuro y, en consecuencia, que procede sean incluidas en los cálculos por el valor total de la inversión realizada. Por el contrario, la DI ha sido consecuente en



sus estimaciones, asumiendo como criterio la no reutilización de los activos, al ser éste el único criterio coherente que permitía realizar unas estimaciones consistentes a partir de la limitada información facilitada por ABERTIS, a pesar de que es a esta empresa a la que le correspondía la carga de la prueba en cuanto a la justificación objetiva de su conducta (Resolución del Consejo de la CNC de 6/11/2007, Expte. R 670/07, Axion/Abertis, fd. 6º).

A mayor abundamiento, el Consejo desea señalar que las inversiones realizadas por ABERTIS para cumplir las obligaciones de cobertura del 80% previstas en el Plan Técnico de 1998 en los canales 66 a 69, cuando prestaba el servicio en un régimen de monopolio legal, lejos de representar una desventaja para ella han significado, precisamente, el factor principal para poder mantener su posición de monopolio en el mercado de la difusión nacional.

También señala ABERTIS, a modo de justificación de su comportamiento, la existencia de cláusulas de penalización más elevadas en al menos los contratos suscritos por AXION con dos radiodifusores en enero de 2007. En el fundamento de derecho anterior se analizó con detalle el alcance real de estos contratos, y la imposibilidad para cualquier competidor alternativo de entrar en el mercado por la barrera técnica de la existencia de un único operador para cada canal múltiple completo. En todo caso, el Consejo considera procedente clarificar en este momento ciertas cuestiones.

En primer lugar, los contratos suscritos por AXION en 2007 se referían inicialmente a la ampliación de la cobertura del 5% adicional entre el 80% y el 85%. El precio pactado por dicha ampliación era, en consecuencia, reducido en comparación con los contratos por la cobertura del 80% y sucesivas ampliaciones por encima del 85%. Por ello, las penalizaciones en que pudieran incurrir los operadores eran en términos cuantitativos mucho más reducidas. En segundo lugar, AXION ni tiene la consideración de operador dominante que sí tiene ABERTIS en el mercado relevante ni tampoco tiene capacidad para cerrar ese mercado como sí tiene ABERTIS, de ahí que no pesen sobre AXION las obligaciones de comportamiento que, conforme ha señalado la jurisprudencia, pesan sobre un operador dominante tan relevante como ABERTIS. Por último, y en todo caso, los riesgos e incertidumbres inherentes a la entrada en un mercado tan fuertemente concentrado como el concernido en este expediente, así como las penalizaciones introducidas por ABERTIS en los contratos vigentes en ese momento (de 2006), hubieran podido justificar tales cláusulas.

3.3.- La larga duración de los contratos

En este apartado ABERTIS reitera sus alegaciones respecto del cómputo de las inversiones realizadas con anterioridad a 2005, y sobre la exigencia por los radiodifusores de duraciones largas, cuestiones sobre la que este Consejo ya se ha pronunciado *supra*. Asimismo reitera la existencia de presión competitiva por parte de los radiodifusores, que actuarían con un fuerte poder compensatorio de la demanda frente al PSM de ABERTIS. El Consejo igualmente se ha pronunciado



sobre esta alegación en los párrafos precedentes, compartiendo el análisis de la DI y, por ello, da por reproducido aquí el análisis realizado respecto de los cambios existentes entre la propuesta de contrato de los radiodifusores y los contratos firmados finalmente por ABERTIS con los 3 operadores que convocaron los concursos, y como todos ellos son favorables a los intereses de ABERTIS, generando un claro de cierre anticompetitivo del mercado, en particular, en abril de 2010 fecha en la que se producirá la próxima (la tercera) ventana de oportunidad para entrar en el mismo.

ABERTIS sostiene que la CMT ha validado la larga duración de los contratos y otras cuestiones objeto de debate en este mercado, citando para ello su análisis del mercado 18, y la Resolución de la CMT de 12 de junio de 2003, asunto MTZ 2002/6935, Veo Tv-Retevisión. El Consejo discrepa de esta interpretación y, por el contrario, observa que la CMT ha tenido que intervenir en sucesivas ocasiones en relación con el comportamiento de ABERTIS/RETEVISION en este mercado.

Así ha de recordarse una primera Resolución de 12 de septiembre de 2002 (por la que se pone fin al procedimiento para la adopción, en su caso, de medidas en salvaguarda de la libre competencia con relación a los contratos suscritos de fecha 1 de febrero de 2001, entre Retevisión I y las sociedades, Antena 3, Telecinco y Sogecable para la contratación del servicio portador soporte de las señales de televisión terrestre, OM 2002/6703), en la que la CMT declara anticompetitivas determinadas cláusulas de los contratos firmados en 2001 entre RETEVISION y los 3 radiodifusores privados iniciales. Llama igualmente la atención que ABERTIS recoja en sus alegaciones, como justificación a su comportamiento, referencias a la Resolución de 12 de junio de 2003, ya que en la misma la CMT señala la falta de colaboración de ABERTIS, la existencia de precios excesivos, de discriminación por parte de este operador frente a NET TV y VEO TV, así como prácticas abusivas en la determinación de las condiciones técnicas del contrato. En concreto, en esa Resolución de 12 de junio de 2003 se pueden leer los párrafos que siguen:

- a) En relación a la falta de colaboración, en la pág. 24 (f. 2225 DI) se afirma: *“En el presente expediente, esta CMT ha requerido a Retevisión una justificación y explicación de los costes de producción de los servicios de transmisión y difusión de la señal digital para una canal multiplex, tanto en el caso de una red de frecuencia única como de una red con posibilidad de desconexiones territoriales. Lamentablemente, y además de impugnar el requerimiento de información realizado al efecto por esta CMT, Retevisión se ha limitado a remitir una hoja Excel en la que aparecen determinados datos supuestamente justificativos de los costes que hacen imposible un mínimo análisis sostenible sobre el proceso de producción de los servicios que presta y la correspondiente asignación de costes.”*
- b) Por lo que respecta a la existencia de precios excesivos, en la pág. 26 (f. 2227 DI) se puede leer: *“En conclusión, en relación a la supuesta práctica abusiva consistente en cobrar precios excesivos, la única conclusión a la que se puede*



en estos momentos llegar, a falta de un adecuado análisis sobre los costes de Retevisión, es que los precios que pretende cobrar a los operadores Veo TV y Net Tv son cuando menos excesivos respecto de los que viene cobrando por la prestación de sus servicios de transmisión y difusión de la señal para un programa de ámbito nacional en las redes MFS, única referencia comparativa con que la CMT cuenta en este momento para emitir un pronunciamiento.“

- c) En cuanto a la existencia de discriminación, en la pág. 29 (f. 2230 DI) se dice: *“Así pues, de acuerdo con la Comunicación de la CE antes aludida, se aprecia la existencia de un una eventual práctica abusiva por parte de RETEVISIÓN puesto que la diferenciación en las condiciones económicas ofertadas no se encuentra objetivamente justificadas sobre la base de las consideraciones técnicas de los servicios demandados y de los consecuentes costes diferenciales.”.*
- d) Por último, en la pág. 31 (F. 2232 DI) se concluye: *“A la vista de las consideraciones anteriores, se puede concluir que, el precio ofrecido por RETEVISIÓN a cada una de las entidades VEO TV y NET TV en fecha 30 de enero y 15 de marzo de 2002, respectivamente, por la prestación del servicio portador soporte del de difusión de televisión con las condiciones y características previstas en las ofertas supone un comportamiento discriminatorio, ya que ofrece condiciones económicas diferentes respecto de competidores en el mismo mercado.” (el subrayado es original)*

ABERTIS ha alegado que son los radiodifusores quienes quieren/imponen la larga duración con el objeto de que coincida con la duración de su licencia. Esta afirmación, no obstante, ha sido negada en el acto de la Vista por SOGECABLE, TELECINCO y VEO TV. En este sentido, resulta relevante observar que en la última Resolución de la CMT citada se deja constancia de que los radiodifusores afectados querían disponer de un plazo menor al de 10 años ofertado por RETEVISION: *“VEO TV y NET TV entienden que el contrato de prestación de los servicios portadores que RETEVISIÓN ofreció firmar tenía un plazo de vigencia mínimo de diez años, por lo que estiman imprescindible firmar un contrato con un plazo de duración inferior, ya que de lo contrario la libertad contractual de ambas se vería gravemente amenazada. (...)*

En este sentido, un contrato para la prestación del servicio soporte del de difusión de televisión con una vigencia mínima de diez años podría generar barreras de entrada en dicho mercado, máxime cuando el mismo ha sido recientemente liberalizado.

No obstante, cabe señalar que aunque el período de diez años pudiera tener su fundamento en los plazos de duración de las concesiones del servicio de difusión, lo cierto es que los contratos actualmente firmados con los integrantes del múltiple de cobertura nacional compartido por TVE1, TVE2, Antena3, Telecinco y Canal+ para sus emisiones digitales tienen una duración inferior a los 10 años.” (pág. 33 de la Resolución de la CMT y f. 2235 DI).



En esta misma Resolución la CMT constata que RETEVISIÓN realizó en determinado momento una oferta más flexible, que incluía una oferta para el plazo de 1 año a *“un precio anual que supone un incremento del 8% con respecto al precio base anual de las dos opciones anteriores”* (f. 2235 DI). VEO TV finalmente suscribió un contrato de 10 años por la razones y con un contenido que este Consejo desconoce, y que tampoco ABERTIS ha aclarado.

Así, pues, el Consejo considera que los operadores de televisión más que desear la larga duración de los contratos, ante la ausencia de un operador alternativo a ABERTIS, transigían con duraciones más largas como única forma para reducir el precio exigido por ABERTIS.

OCTAVO.- SEGUNDA CONDUCTA IMPUTADA Y ANÁLISIS DE JUSTIFICACIÓN OBJETIVA

La segunda de las infracciones que la DI imputa a ABERTIS consiste en *“en abusar de su posición de dominio ofreciendo en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.”*

1.- Valoración jurídica de la DI

Esta práctica, recogida en el HP 4 de la Resolución, tiene a juicio de la DI carácter exclusionario porque conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TDC los descuentos aplicados por una empresa dominante, con carácter general, deben ser considerados abusivos cuando tienen el efecto de excluir a sus competidores del mercado dificultándoles o impidiéndoles el acceso a los clientes. Y, en este caso, la existencia de descuentos por contratación conjunta de “placas regionales” eleva, artificialmente, las barreras de entrada para los competidores potenciales de ABERTIS en áreas territoriales delimitadas. Para ser competitivo en una región, el suministrador alternativo de ABERTIS tendría que compensar al cliente de la pérdida del descuento por contratación conjunta ofrecido por la dominante. El descuento por contratación conjunta que ofrece ABERTIS a algunos de sus clientes podría entrar de lleno en la categoría de “descuentos concedidos a cambio de una exclusividad”, de indiscutible carácter excluyente.

Razonado así el carácter excluyente de esta conducta, la DI analiza si existe justificación objetiva que elimine su carácter abusivo y, por ello, la existencia de infracción de los arts. 82 TCE y 6 LDC.

Siguiendo lo dispuesto por este Consejo en su Resolución de 6 de noviembre de 2007 (Expte. R 720/07, Axión/Abertis; y acumulados R 721/07 y R 723/07), en el sentido de que era necesario *“analizar si la cuantía de los mismos está justificada por los ahorros o si son un obstáculo, no justificado en su cuantía, destinado a impedir o dificultar la entrada del único competidor posible y con capacidad de*



competir por placas.”, la DI valora la afirmación de ABERTIS, de que los gastos operativos y de capital necesarios de los elementos independientes de alcance contratado ascienden a [CONFIDENCIAL] para un múltiplex en 5 años (HP 6). Según ABERTIS, este coste es superior al descuento ofrecido por la contratación conjunta del servicio y reflejaría las eficiencias derivadas de la contratación conjunta de todas placas regionales justificando el descuento. Además, considera que la prestación del servicio por distintos proveedores ocasionaría también costes adicionales principalmente para evitar auto-interferencias.

Pues bien, en su opinión, “los costes alegados por Abertis no pueden ser empleados directamente para justificar la proporcionalidad de los descuentos ofrecidos, ya que no se trata de comparar las situaciones extremas, es decir, entre contratar una sola placa regional o contratarlas todas, sino que habría que estimar el coste marginal de dejar de contratar una placa. De acuerdo con la oferta, el descuento se aplicaría al contratar todas las placas regionales, es decir, 17 y no se otorgaría al contratar la difusión en 16 placas regionales. En consecuencia, habría que valorar las eficiencias derivadas de prestar el servicio en todo el territorio nacional respecto a prestarlo en todo el territorio nacional menos en una placa regional.

En este punto, hay que considerar que Abertis no ha aportado los datos necesarios para que esta Dirección pudiera realizar de forma rigurosa un análisis marginalista de este tipo, habida cuenta de que, además, se trata de placas regionales no homogéneas. No obstante, sí puede realizarse un análisis de costes fijos medios bajo el supuesto placas homogéneas. En este sentido, los costes alegados por Abertis operan como un coste fijo que debe ser repartido proporcionalmente entre las placas regionales. De esta forma, tomando los datos del Hecho Acreditado 5 existiría un coste fijo de [CONFIDENCIAL], que para 17 placas iguales supone un coste fijo unitario de [CONFIDENCIAL]. Si sólo prestara servicio en 16 placas, este coste fijo unitario sería [CONFIDENCIAL], lo que supondría un incremento de costes del [CONFIDENCIAL], es decir, una eficiencia perdida del [CONFIDENCIAL] en relación con los costes fijos.

Evidentemente, estos costes considerados como independientes del número de placas regionales contratados son sólo un componente de los costes, por lo que la ganancia de eficiencia total por contratar el servicio en todo el territorio nacional sería muy inferior a ese [CONFIDENCIAL]. En consecuencia, un descuento del [CONFIDENCIAL] como el ofrecido a Sogecable (Hecho Acreditado 2) no podría ser justificado por las eficiencias alegadas por Abertis.

En cualquier caso, la justificación alegada por Abertis también quedaría desvirtuada mediante la comparación de los costes alegados por Abertis con sus propios contratos para la difusión de la señal de TDT autonómica [f. 5634 DI]. En términos generales, los servicios de difusión de TDT nacional y autonómica no presentarían más diferencias que el propio alcance geográfico, por lo tanto, de acuerdo con la información aportada por Abertis, el precio anual del servicio de difusión de la señal



TDT autonómica para un múltiplex no podría ser inferior en ningún caso a los [CONFIDENCIAL], señalados en el Hecho Acreditado 5. Sin embargo, como se comprueba en la información aportada por la propia Abertis, esta empresa realiza servicios de transporte difusión de la señal TDT autonómica hasta por un [CONFIDENCIAL] de esta cantidad. En consecuencia, aún admitiendo tal y como señala la CMT que puedan existir ciertas economías por la contratación conjunta, la proporcionalidad de los descuentos no quedaría justificada con base en la información aportada por Abertis.

2.- Alegaciones de ABERTIS

Frente a esta valoración de la DI, ABERTIS alega que la contratación global de placas regionales para la prestación del servicio de difusión a escala nacional da lugar a economías de escala que pueden justificar un menor precio del servicio prestado por contraposición a la contratación separada de placas sueltas, no siendo dicha conducta abusiva *per se*. Que los descuentos ofrecidos por ABERTIS, si bien “fuertes”, eran razonables y proporcionales a las eficiencias generadas y no pueden considerarse descuentos a cambio de una exclusividad, sino que responden a la contratación del conjunto de placas regionales, dadas las pérdidas en costes que ha de asumir ABERTIS en los casos en que la contratación del servicio portador no se refiere a todo el territorio nacional. En efecto, la configuración y diseño de la red nacional de ABERTIS tanto desde la perspectiva de la demanda como de la oferta determinan el tipo de ofertas que aquella presenta a los radiodifusores, de manera que la solicitud por parte de alguno de ellos de servicios fragmentados por placas regionales, si bien técnicamente posible, implica una alteración de la forma de prestación del servicio de acuerdo con la red nacional de ABERTIS y da lugar a mayores costes para ABERTIS que la contratación conjunta. De hecho, los radiodifusores siempre han tenido preferencia por tener a un solo proveedor y no varios, con el fin de beneficiarse de tratar con un único interlocutor.

Añade ABERTIS que la prestación del servicio de difusión a través de una red de ámbito nacional da lugar a unas sinergias que reducen los costes de la prestación del mismo respecto a su prestación mediante placas regionales separadas. Como indicaba la CMT “La prestación del servicio de difusión a nivel nacional genera determinados ahorros en costes relacionados con la existencia de compartición de infraestructuras y permite el aprovechamiento de economías de alcance [...] resulta más eficiente desde una perspectiva de red nacional dado que determinados elementos tales como los costes de transmisión por satélite o las inversiones en centros nacionales de control y monitorado, no se ven reducidos ante disminuciones del alcance geográfico”.

Estas sinergias se producen porque el servicio de difusión nacional consta de elementos cuyo coste es independiente del alcance contratado (ya sea en extensión geográfica o en tipo de servicios), entre otros, la distribución satélite, la distribución terrestre (carácter redundante de la red de transporte terrestre), centros



de control de red (equipamiento necesario al nivel de infraestructuras, hardware y software y de personal que opera los centros), tareas de gestión de la calidad y reporting y gestión comercial y gestión de proveedores. Se trata por tanto de inversiones y costes en los que ABERTIS incurre aunque el cliente no contrate la totalidad de las placas regionales. Por ello, si un cliente deja de contratar una de las placas, ABERTIS no obtiene un menor ahorro sino que incurre en una ineficiencia operativa, ya que las sinergias únicamente se producen al contratarse todas las placas, por lo que no cabe aceptar la comparación realizada por la Dirección de Investigación en la prestación del servicio a 17 o a 16 placas.

Por último, en cuanto a la situación del denunciante en otros mercados geográficos, ABERTIS afirma que, sin poner en duda la definición del mercado geográfico realizada por la DI, no es un dato intrascendente para este expediente el hecho de que AXION dispone del apoyo del Grupo TDF al que pertenece (que resulta ser líder en gran parte de Europa), pues permite poner en duda que las ofertas de ABERTIS tuvieran el efecto de exclusión imputado por la DI, teniendo además AXION a su disposición un derecho de tanteo de hasta el 5% respecto al precio ofrecido por ABERTIS.

3.- Valoración jurídica del Consejo

El Consejo comparte la valoración que hace la DI tanto del carácter exclusionario de la conducta de ABERTIS como respecto de la ausencia de justificación objetiva, existiendo pues infracción de los arts. 82 TCE y 6 LDC.

En el fundamento de derecho anterior se ha descrito con cierto detalle el escenario en el que hay que valorar los efectos exclusionarios de estos descuentos por contratación conjunta realizados por ABERTIS en el año 2005, y al mismo nos remitimos. Con todo, se estima conveniente insistir ahora en que la posibilidad de prestar el servicio en las zonas en las que disponía de emplazamientos propios, era la única alternativa competitiva posible que tenía AXION en dicho año. Pero aún así, la exigencia de un único suministrador para todos los programas de cada canal múltiple, y los ajustados plazos y requisitos de cobertura establecidos en el PTNTDT de julio de 2005, hacían de por sí difícil la posibilidad de entrada de cualquier competidor.

A la hora de valorar la cuantificación de los diferentes costes en los que ABERTIS afirma incurrir con independencia del alcance geográfico del servicio, el Consejo debe señalar lo exiguo de la información facilitada, y su notable falta de desagregación y detalle, que hubiera permitido evaluar la exactitud y pertinencia de los importes consignados. Así, pese a que la DI le requirió para que ofreciese una explicación de forma pormenorizada de los descuentos por contratación global, solamente se ha aportado la información de manera agregada y sucinta en cinco grandes grupos, agrupando algunos de ellos sin mayores aclaraciones bajo términos como “tareas de gestión de la calidad y reporting” o “gestión comercial y gestión de proveedores”. Y ello, pese a que ya en la Resolución de de 6 de



noviembre de 2007 el Consejo había advertido que corresponde a ABERTIS aportar la justificación objetiva para su comportamiento.

Con independencia de esta falta de información precisa imputable a ABERTIS, y a mayores del análisis realizado por la DI en su Informe Propuesta, el Consejo considera oportuno añadir lo siguiente. El hecho de que en las ofertas desglosadas por placas regionales realizadas por ABERTIS a ANTENA 3 y SOGECABLE en 2005 (f. 1352 y 2447 DI) no haya incluido descuento más que en el caso de la contratación global del servicio, no se puede entender de otra manera que como una práctica de exclusión de su competidor potencial AXION. En efecto, si para ABERTIS existe un coste independiente del alcance geográfico, dicho coste se debería de ir recuperando a medida que se contratara un mayor número de placas regionales. Dicho de otra manera, el descuento se habría de poner de manifiesto a medida que un mayor número de placas fuera contratado, de manera que un contrato de 16 placas permitiría aprovechar en su práctica totalidad los ahorros de costes de una red nacional, mientras que un contrato de una sola placa tendría que soportar en su precio la totalidad del coste independiente del alcance geográfico.

Sin embargo, ABERTIS no realiza ninguna oferta de descuento por la contratación de 16 placas, o de 15 placas, o de cualquier número menor, sino únicamente por la contratación conjunta de las 17 placas. Este comportamiento no resulta racional desde el punto de vista económico y, por ello, solo puede explicarse con un fin exclusionario. ABERTIS es consciente que, dada la irreplicabilidad de su red nacional, un competidor sólo puede surgir a nivel local o regional. Además, ABERTIS conocía perfectamente el alcance geográfico que tenía la red propia de emplazamientos de su potencial competidor en el mercado (AXION), que estaba concentrada esencialmente en Andalucía y en Extremadura, ampliable en su caso en virtud de los posibles acuerdos que pudiera alcanzar con operadores regionales de televisión autonómica (en Castilla-La Mancha, Galicia y País Vasco). Finalmente AXION alcanzó un acuerdo con el operador regional de Castilla-La Mancha. Es en estas zonas donde, como se ha explicado anteriormente, AXION hubiera podido realizar un primer intento de entrada en el mercado, a pesar de otras barreras presentes en el mismo y que ya se han detallado.

Bajo esta fuerte limitación geográfica de la red de su competidor potencial, ABERTIS conocía que el servicio en todas las placas restantes habría de ser contratado necesariamente con ella. Así lo acredita el hecho de que las ofertas desglosadas por placas que remite a los operadores que la reclaman, contempla para todas y cada una de las placas ofertadas un precio muy inferior al de los costes fijos e independientes del alcance geográfico, que según sus propios datos ascienden a [CONFIDENCIAL] anuales. La contratación de una sola placa por cualquier radiodifusor a los precios ofertados (la placa individual más cara era Andalucía con un precio de [CONFIDENCIAL] anuales) implicaría incurrir en pérdidas, en tanto que (en estas condiciones) el descuento para contratación conjunta que ofertaba ABERTIS a sus clientes implicaba para los mismos la



práctica gratuidad del servicio en las zonas en las que AXION tenía mayor presencia.

Los radiodifusores que solicitaron las ofertas regionalizadas afrontaban, por tanto, el escenario siguiente:

- a) Contratar el servicio nacional con dos operadores:
 1. con ABERTIS el servicio para todas las placas regionales salvo Andalucía y Extremadura (y en su caso Castilla-La Mancha), y no obtener descuento alguno por ello, y
 2. contratar con AXION el servicio en Andalucía y Extremadura al precio ofertado por éste operador, que tendría que asumir como sobrecoste las penalizaciones por rescisión anticipada de los contratos de los operadores firmados con ABERTIS en 2001.
- b) Contratar con ABERTIS la totalidad del servicio en todo el territorio nacional, con un descuento que equivalía prácticamente a obtener el servicio gratuitamente en Andalucía y Extremadura, respecto al precio ofertado por ABERTIS sin incluir estas dos regiones.

Por ejemplo, en la oferta remitida a SOGECABLE el 14/11/2005 (f. 2447 DI), el coste total anual de un canal múltiple, sin incluir Andalucía y Extremadura y sin obtener en consecuencia el descuento, ascendía a [CONFIDENCIAL] (a lo que habría de añadirse el precio ofertado por AXION para dichas placas), mientras que la contratación de las 17 placas implicaba un precio con el descuento de [CONFIDENCIAL]. Es decir, que la cobertura de Andalucía y Extremadura se obtenía por un precio total de [CONFIDENCIAL], mientras que a precios ABERTIS hubiera costado [CONFIDENCIAL] anuales. Obviamente la elección para los radiodifusores resultaba evidente: contratar el servicio completo con ABERTIS.

En definitiva, tomando en consideración todo lo expuesto, el Consejo considera que una política de descuentos racional en términos económicos, y aplicada en función del número de placas contratadas, hubiera al menos permitido el intento de entrada de AXION en el mercado. Por el contrario, la oferta de descuentos solamente por la contratación de las 17 placas regionales no puede encontrar explicación alternativa que la de impedir la entrada de su competidor potencial en el mercado.

NOVENO.- EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA Y SOBRE EL BIENESTAR DE LOS USUARIOS

La DI concluye su valoración jurídica con un apartado dedicado a la evaluación de los efectos de las conductas imputadas a ABERTIS en los mercados relevantes (f. 6173 s DI).



1.- Valoración realizada por la DI

Al realizar este análisis, la DI parte de la Resolución de 6 de noviembre de 2007 (Expte. R 720/07, Axió/Abertis; y acumulados R 721/07 y R 723/07) de este Consejo, en la que se señala que *“...no puede dejar de resaltar el hecho de que no nos encontramos ante una conducta aislada sino ante una batería de medidas que cada una de ellas y más aún en su conjunto pueden tener la aptitud de producir un cierre del mercado.”* Además, hay que destacar que se trata de un mercado recientemente liberalizado. Por ello añade que es importante analizar las circunstancias coyunturales en las que se desarrollan las conductas del operador denunciado. Esto es, que en 2005 se produjo una ventana de oportunidad de entrada en este mercado, no obstante las barreras técnicas y regulatorias que dificultaban el acceso a un operador alternativo a ABERTIS, y como la posibilidad de ofrecer los servicios por “placas regionales” podría haber permitido a AXION (y otros operadores de ámbito autonómico) entrar en el mercado de forma progresiva, pero que no fue viable debido a los fuertes descuentos que ABERTIS ofrecía por la contratación en exclusiva del servicio, basada en la posición de dominio que ostenta en el mercado. Que en abril de 2010 se producirá otra importante ventana de oportunidad, que resultará nuevamente frustrada porque los contratos de ABERTIS firmados en 2008 eliminan totalmente la posibilidad de entrada de competidores hasta al menos 2016, considerando, asimismo, que las penalizaciones introducidas en los contratos de 2006 por ABERTIS ya habrían producido unos efectos claros sobre la competencia, ya que los tres operadores que han renegociado los contratos en 2008 habrían tenido que pagar dichas penalizaciones para contratar con un operador alternativo. Por ello, concluye la DI, las diferentes conductas de ABERTIS, analizadas en su conjunto o separadamente, suponen un abuso de posición de dominio que se desarrolla en un mercado recientemente liberalizado, produciendo el efecto de cierre total y absoluto del mercado, al impedir la entrada de competidores en un momento especialmente proclive a la aparición de competidores tan eficientes como ABERTIS.

La DI añade (punto 6 del Informe Propuesta que *“los efectos de esta práctica no se agotan en el mercado relevante definido en el PCH, sino que se extienden a otros mercados próximos y descendentes. De esta forma, las conductas también afectarían indirectamente a otros mercados de difusión de la señal audiovisual de ámbito inferior al nacional, como, por ejemplo, aquellos de ámbito geográfico autonómico, puesto que una parte importante de las inversiones son comunes a ambos mercados. En este sentido, habría que distinguir aquellas regiones en las que sólo está presente Abertis de aquellas en las que existen otras redes de difusión alternativas como en Andalucía, Castilla – La Mancha, País Vasco o Galicia.*



En las primeras, consolida su situación de único oferente manteniendo en ellos su posición de dominio. En el caso de que algún competidor potencial hubiera entrado en el mercado y hubiera instalado una red propia nacional, habría empezado a operar en dichas Comunidades Autónomas, de manera que estarían en situación de ser competidores reales en el mercado autonómico. Por otra parte, en las segundas, teniendo en cuenta la existencia de inversiones comunes, Abertis estaría también en mejores condiciones de competir en dichos mercados.

Con el objeto de cuantificar los efectos, la siguiente tabla presenta para 2007 las cuotas de mercado por ingresos en los mercados de transporte y difusión de la señal audiovisual para mercados geográficos de todo ámbito.

| Ingresos y cuotas de mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual | | | | |
|---|-------------------------------------|-------------|-------------------------------------|-------------|
| | Transporte | | Difusión | |
| | Ingresos (millones de €) | % | Ingresos (millones de €) | % |
| Abertis | 22,01 | 22% | 235,73 | 87% |
| Overon | 53,74 | 53% | 5,97 | 2% |
| Axión | 1,77 | 2% | 21,98 | 8% |
| Telefónica | 19,72 | 19% | - | - |
| Resto | 4,69 | 5% | 8,74 | 3% |
| Total | 101,94 | 100% | 272,42 | 100% |

Fuente: Informes Trimestrales de la CMT para 2007

2.- Alegaciones de ABERTIS

Por el contrario ABERTIS afirma (f. 116 ss y 150 ss Consejo) que no se cumple el supuesto de hecho del test de teoría de daños que habría aplicado la DI, pues ni existe un efecto exclusionario anticompetitivo ni se han aumentado los costes para los consumidores. Así, en primer lugar, se sostiene que no hay exclusión por cuanto AXIÓN firmó en 2007 contratos con tres radiodifusores para distintas coberturas de población, que además le otorgaban un derecho de tanteo. En segundo término, no se ha producido un perjuicio para los consumidores; es decir, las televisiones, lejos de verse perjudicadas, se han beneficiado por las bajadas de los precios de la prestación del servicio soporte, han pactado los precios hasta 2016 y los han indexado al IPC con posterioridad a esa fecha. Además, la DI en su análisis ha obviado las peculiaridades de este mercado, en el que la larga duración es la regla general a solicitud de los propios radiodifusores porque les permite reducir al máximo los costes, siendo pues ellos quienes optan por excluir la competencia a largo plazo “y si lo hacen es porque se consideran compensados por los descuentos que obtienen”, y por ello los consumidores en mercados descendentes no se ven afectados y no se distorsiona la competencia en los mismos.



Rechaza ABERTIS que se puedan invocar los precedentes jurisprudenciales que cita la DI, porque por la propia naturaleza del servicio portador de la señal audiovisual éste se tiene que prestar en régimen de exclusividad. Y ante la ausencia de precedentes en este mercado, cita la decisión de la “*Competition Commission*” de 1 de septiembre de 2008, por la que se autorizó la fusión de los dos únicos operadores del Reino Unido.

3.- Valoración del Consejo

El Consejo comparte el precedente análisis de efectos realizado por la DI, que se complementa con la valoración de las alegaciones de ABERTIS al PCH (f. 6181 y 6184 s. DI), en el sentido de que del mencionado efecto exclusionario, o de cierre anticompetitivo de mercado de las conductas imputadas, se deriva la facultad de ABERTIS de imponer precios superiores a los que se darían en una situación de competencia, puesto que no existiría ningún competidor real en el mercado, siempre teniendo en cuenta que en conductas exclusionarias o de cierre de mercado como las que aquí se imputan el efecto sobre los precios fijados en los contratos de ABERTIS con los radiodifusores es indirecto. En concreto, el Consejo coincide con la DI en que esta situación supone una pérdida de eficiencia global que se traslada en forma de mayores costes a los usuarios de este servicio, en este caso los operadores de televisión, que, a su vez, dada su situación financiera estructural y los retos a los que se enfrentan como consecuencia de la implantación de la TDT, es probable que repercutan en la medida de lo posible a sus clientes. En este punto, hay que distinguir entre los clientes finales, que serían las empresas anunciantes en estos medios, y los usuarios finales, los telespectadores, que no pagan ningún precio. El aumento de costes se puede trasladar a los clientes en forma de mayores precios por los espacios publicitarios o vía incremento de la publicidad, lo que no sería siempre posible debido a las limitaciones legales existentes. En consecuencia, existirían efectos sobre los consumidores y usuarios de estos servicios.

En la Comunicación – *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*, la Comisión Europea subraya que el objetivo de su actividad de control de los cierres de mercado lesivos para los consumidores o cierre anticompetitivo del mercado es velar porque las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ello lesionando el bienestar del consumidor, ya sea mediante unos niveles de precios supracompetitivos o por cualquiera otros medios (párr. 19); esto es, por medios que no sean la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que ofrecen (párr. 6). Como factores que se consideran generalmente como pertinentes para valorar cuando una conducta presuntamente abusiva puede generar ese efecto de cierre anticompetitivo del mercado, se citan entre otros: la solidez de la posición dominante de la empresa, y las condiciones de entrada y expansión en el mercado, tales como las economías de escala y los efectos de red (párr. 20). Y añade a continuación que en ciertas



circunstancias no es necesario un examen detallado para concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores; en particular “cuando la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficacia, cabe concluir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no prueben esos productos...” (párr. 21).

El Consejo considera que estas consideraciones sobre los abusos excluyentes o exclusionarios son procedentes en este expediente: el monopolio de ABERTIS se ha demostrado hasta la fecha inmutable al proceso de liberalización del mercado, que ha presentado y presenta barreras significativas a la entrada, que sólo es factible en momentos temporales muy concretos, y en aquellos momentos en los que AXION hizo intentos para aprovechar las posibilidades de entrada, ABERTIS contestó con un conjunto de conductas negociales y contractuales (exclusivas de larga duración cerradas con elevadas cláusulas de penalización por resolución anticipada y descuentos vinculados a la larga duración) que generan un evidente y prolongado cierre del mercado y que no generan ninguna eficiencia relevante para los usuarios.

ABERTIS ha afirmado que son los operadores de televisión quienes optan por excluir la competencia a largo plazo, que si lo hacen es porque se consideran compensados por los descuentos que obtienen, porque entienden que es lo que más les conviene. El Consejo considera que no es descartable que, ante la imposibilidad de que AXION entrase (por el efecto combinado de las barreras técnicas y regulatorias de entrada y las conductas de ABERTIS) en el mercado cumpliendo los requisitos de cobertura poblacional en los tiempos marcados por el segundo PTNTDT, los radiodifusores hayan elegido la larga duración como única vía para reducir el precio del servicio. Pero, con independencia de que los descuentos por larga duración puedan beneficiar a ambas partes, no es posible admitir en Derecho que la economía de mercado, como orden público constitucionalizado, pueda quedar al arbitrio de los intereses privados de quienes concurren como oferentes y demandantes en el mercado, porque si así fuese no tendría ninguna eficacia la legislación de defensa de la competencia y, en particular, la prohibición de abuso de posición dominante.

Por último, ABERTIS cita el caso de la decisión de la “*Competition Commission*” de 1 de septiembre de 2008 por la que se autorizó la fusión de los dos únicos operadores del Reino Unido con el objeto de invitar al Consejo para que tome en consideración las peculiaridades de este mercado al aplicar la normativa de la competencia. El Consejo conoce las “peculiaridades” del mercado afectado por este expediente, así como la distinta situación competitiva del mercado español respecto del Reino Unido. Las dos compañías británicas fusionadas venían operando desde hace décadas a través de sus respectivas redes de difusión, que eran sustancialmente complementarias y no se solapaban. Eran dos operadores complementarios sujetos a obligaciones de acceso (no de precio) y que competían



efectivamente por los clientes (de radio y de televisión), como estos mismos reconocieron. La *Office of Fair Trading* encontró que la concentración generaba una pérdida evidente y sustancial de la competencia, y la *Competition Commission* decidió finalmente autorizar la fusión por las también sustanciales ganancias de eficiencia que se producían, pero imponiendo determinados remedios de conducta, tales como rebajas en el precio de los contratos actuales y próximos, con el objeto de hacer a los clientes partícipes de esas eficiencias, o la facultad del cliente para quedarse con la propiedad de determinadas instalaciones especiales al final de contrato con el objeto de introducir un mecanismo de competencia potencial. Por último, la autoridad británica revisará en el corto plazo el funcionamiento del mercado y se reserva la posibilidad de regular los precios si fuese necesario.

A juicio del Consejo esta situación se asemeja bien poco a la situación del mercado español profusamente descrita en los fundamentos de derecho anteriores.

DÉCIMO.- SANCIÓN ECONÓMICA

El art. 10.1 LDC faculta al Consejo de la CNC para imponer a quienes deliberadamente o por negligencia realicen conductas prohibidas por la Ley multas de hasta 901.518 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Consejo, y que habrá de ser ponderada atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual, añade el precepto, se tendrán en cuenta los siguientes factores: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia y f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En la relación con el ejercicio de la potestad sancionadora por los órganos de defensa de la competencia, el Tribunal Supremo ha mantenido que el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho. Siguiendo esta doctrina, la Audiencia Nacional ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo



10.2 LDC. También ha señalado el Tribunal Supremo que al fijar la sanción ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que aun no expresado literalmente en el artículo 10 LDC, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 901.518 euros hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (art. 10.1 LDC).

El Consejo aprecia que ABERTIS ha infringido deliberadamente los arts. 82 TCE y 6 LDC, pues como antiguo monopolista legal y actualmente de facto no podía desconocer las dificultades a las que se enfrentaba un potencial entrante en el mercado considerado. En particular, ABERTIS era consciente de que las conductas imputadas no estaban justificadas por la magnitud de las inversiones realizadas y producían el cierre total de las sucesivas ventanas de oportunidad de entrada al mercado.

Consta en el Informe Propuesta de la DI que según de la CMT ABERTIS facturó en 2007 en los mercados de prestación de servicios de difusión y transporte de la señal audiovisual 374,35 millones de €, que representan el 69% del total. En el proceso de cuantificación de la multa, y atendiendo a los criterios de graduación que resultan del art. 10 LDC y de la jurisprudencia citada, el Consejo tiene en cuenta que:

- Se imputan dos conductas de abuso de posición dominante, de por sí infracciones muy graves,
- Que afectan a una infraestructura necesaria para que los radiodifusores puedan prestar su actividad propia, que tiene naturaleza de servicio público.
- Que han sido desarrolladas por el antiguo monopolista legal y monopolista de facto en un mercado de reciente liberalización, con regulación *ex ante* por parte del regulador sectorial.
- Que afectan a todo el territorio nacional.
- Que las prácticas sancionadas forman parte de una estrategia de cierre de mercado que se inicia en 2005 y concluye en 2008, pero que se prolonga más allá en el tiempo. Dichas prácticas han impedido (2005) e impedirán (2010) la competencia en el mercado en los dos momentos temporales en los que era más factible la entrada de competidores.
- Conductas que ABERTIS desplegó como respuesta a los serios intentos de entrada por parte de AXION, y que han tenido como efecto el cierre del mercado por un largo periodo de tiempo, perpetuando su perenne y absoluto dominio del mercado concernido, así como una pérdida de eficiencia global que se puede trasladar en forma de mayores costes a los usuarios de este servicio



que, a su vez, tratarán de repercutirlo en la medida de lo posible a sus clientes, ya sea vía precios o vía calidad del producto que ofrecen.

La gravedad de las conductas imputadas a ABERTIS se aprecia mejor considerando que en el mercado concernido por tales prácticas, la fidelización de los clientes por largos periodos de tiempo, mediante el uso combinado de diversas estrategias comerciales o contractuales (descuentos vinculados a la contratación de todas las placas regionales; contratos de larga duración con penalizaciones elevadas por resolución unilateral; contratos de muy larga duración sin facultad de resolución anticipada pero con descuentos / penalizaciones vinculados a la larga duración) impide que pueda existir una real y efectiva competencia en el mercado.

En efecto, y como se ha examinado con cierto detalle en los fundamentos de derecho precedentes, las conductas de ABERTIS levantaron una barrera imposible de franquear por cualquier operador alternativo en los dos momentos temporales en los que, de conformidad con la regulación del mercado, era más factible la entrada. Como ya se expuso *supra*, con la aprobación del PTNTDT en 2005 se produjo una ventana de oportunidad (la segunda) para entrar en el mercado quizá única, pues los menores requerimientos iniciales de cobertura para la TDDT (80 %) hubieran podido permitir a AXION entrar en el mercado realizando las inversiones en su propia red, ya que para estos niveles de cobertura la CMT estima que son necesarios sólo 150 centros. En este sentido, hay que tener en cuenta que la posibilidad de ofrecer sus servicios por “placas regionales” podría haber permitido a AXION y otros operadores de ámbito autonómico entrar en el mercado de forma progresiva. En los anteriores fundamentos se ha puesto de relieve que en 2005 existían diversas dificultades adicionales para la entrada de un operador alternativo a ABERTIS, antiguo monopolista legal (lo era incluso en 1999, cuando se concedieron los primeros programas de TDT). Por una parte, cada canal múltiple era compartido por al menos dos operadores de televisión diferentes, que necesariamente debían ponerse de acuerdo para la contratación del servicio de difusión. Por otra parte, los plazos exigidos por el PTNTDT eran muy reducidos para alcanzar la cobertura inicial, dificultando la entrada de un operador alternativo con emplazamientos propios. En este mismo sentido, también hay que considerar que la CMT todavía no había regulado este mercado ni establecido obligaciones para el operador dominante.

El Consejo considera que ABERTIS era consciente de la existencia y relevancia de estas barreras de entrada (que favorecen claramente sus intereses) a un mercado en vías de liberalización. Por tanto ABERTIS tendría que haber extremado su deber de diligencia, al objeto de participar en la lucha competitiva por el cliente con conductas que, por basadas en los méritos de sus servicios, fuesen por ello menos lesivas para la competencia e igualmente aptas para producir las mismas eficiencias. Pero lejos de conducirse por esta senda, infringiendo el deber de especial responsabilidad que pesa sobre ella como operador incumbente (antiguo monopolio legal) y monopolista de facto del mercado desde su formal liberalización en el año 2000, aprovechó la ventana abierta por el PTNTDT de 2005 (concesión



de nuevos programas de TDT, reasignación de los anteriormente adjudicados a QUIERO TV, y breves plazos para cumplir las obligaciones que se imponían a los radiodifusores) para mantener cautivos por más tiempo a quienes ya eran clientes desde el principio de la liberación del mercado (contratos de 2001), mediante un conjunto de conductas que consiguieron cerrar del todo esa ventana que había entreabierto a la competencia el mencionado PTNTDT de 2005. En este sentido, nuevamente se debe recordar que las penalizaciones introducidas por ABERTIS en los contratos de 2006 han producido unos efectos claros sobre la competencia, ya que los tres operadores que convocaron un concurso en 2007 y formalizaron luego contrato con ABERTIS en 2008 habrían tenido que pagar dichas penalizaciones de haber resultado ganador y contratar con un operador alternativo.

La tercera ventana de oportunidad para entrar en el mercado relevante se producirá en abril de 2010 (fecha del apagón analógico), en la que los operadores de televisión accederán a la explotación exclusiva de un canal múltiple, lo que permitirá una negociación individualizada. Además de desaparecer esta importante barrera, cabe esperar que la CMT cuente con información adecuada para poder determinar la orientación a costes de los precios de los servicios mayoristas que ABERTIS está obligada a ofrecer como operador con PSM. Sin embargo, los contratos de ABERTIS firmados en 2008 eliminan respecto de los operadores de televisión firmantes totalmente la posibilidad de entrada de competidores, ya que cierran completamente el mercado hasta, al menos, 2016.

El efecto principal de las conductas exclusionarias realizadas por ABERTIS es el cierre anticompetitivo del mercado considerado, pero el Consejo coincide con la DI en que no se puede descartar un efecto indirecto en otros mercados de difusión de la señal audiovisual de ámbito inferior al nacional, como los autonómicos, así como sobre los precios. La ausencia de un competidor efectivo (y las distintas iniciativas adoptadas por AXION permiten afirmar que lo habría podido ser) supone una pérdida de eficiencia global, que se puede trasladar en forma de mayores costes a los usuarios de este servicio, en este caso los operadores de televisión, que, a su vez, tratarán de repercutirlo en la medida de lo posible a sus clientes. En este punto, hay que distinguir entre los clientes finales, que serían las empresas anunciantes en estos medios, y los usuarios finales, los telespectadores, que no pagan ningún precio. El aumento de costes se puede trasladar a los clientes en forma de mayores precios por los espacios publicitarios o vía incremento de la publicidad, lo que no sería siempre posible debido a las limitaciones legales existentes. En consecuencia, existirían efectos sobre los consumidores y usuarios de estos servicios.

Partiendo de estas consideraciones, y con el objeto de establecer la base de cálculo de la multa, el Consejo ha considerado los factores siguientes:



1. En el expediente constan las ofertas que ABERTIS realizó a ANTENA 3 (f. 1352 DI) y a SOGECABLE (f. 2433 DI) para sus programas de televisión analógica con descuentos por contratación conjunta de todas las placas regionales del [CONFIDENCIAL] del montante total del contrato, y sin descuento alguno por la contratación de menos placas. Asimismo consta la oferta de ABERTIS a SOGECABLE para sus canales de TDT (f. 2447 DI), también con descuentos por contratación conjunta, y sin descuento alguno para una oferta que excluía Andalucía, Extremadura, Ceuta y Melilla (f. 2453 DI). No obstante, la investigación y la imputación de la DI se ha centrado en los descuentos por contratación conjunta para la difusión de la señal de TDT, como también sólo en los contratos firmados por ABERTIS para la prestación del servicio portador de la señal de TDT. Además, los servicios de transporte y difusión de televisión analógica y de televisión digital pueden ser prestados de manera completamente independiente por diferentes operadores. Por ello, el Consejo considera adecuado excluir los ingresos obtenidos por ABERTIS por la prestación del servicio de televisión analógica.
2. La conducta de abuso de descuentos se realiza en la segunda mitad del año 2005, y los contratos de 2006 tienen efectos desde noviembre de 2005; por ello, se deben excluir de la determinación de la base de cálculo de la multa los ingresos obtenidos por ABERTIS en el año 2005, que provienen de los contratos que había suscrito en 2001 para los canales de TDT. Por tanto, se deben tener en cuenta solo los ingresos de los años 2006 a 2008.
3. SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, VEO TV Y NET TV comparten canal múltiple entre sí, con LA SEXTA y con RTVE:

| | Canal 66 | Canal 67 | Canal 68 | Canal 69 |
|----------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| 1 | RTVE | Sogecable | Telecinco | Antena 3 |
| 2 | Vevo Tv | Sogecable | Telecinco | Antena 3 |
| 3 | Vevo Tv | Sogecable | Telecinco | Antena 3 |
| 4 | Net Tv | La Sexta | Net Tv | La Sexta |

Puesto que sólo puede haber un prestador del servicio por canal múltiple, el Consejo considera que las conductas sancionadas han producido un efecto de cierre anticompetitivo del mercado en relación con todos los operadores de televisión de ámbito nacional que comparten los canales múltiples 66 a 69. Por ello, resulta pertinente considerar los ingresos obtenidos por ABERTIS a resultas de los contratos firmados con todos los operadores de televisión de ámbito nacional y en relación con los programas de TDT en los canales múltiples señalados.



4. La exclusión anticompetitiva de AXIÓN, y de cualquier otro competidor potencial, dado que se trata de un mercado en el que existen pocos clientes vinculados mediante contratos de larga duración y cuantía elevada, resulta apta para producir un impacto notable en los ingresos de ABERTIS.

Por todo ello, atendiendo a los criterios de graduación de las multas antes reseñados y a las consideraciones realizadas sobre el mercado afectado por las conductas imputadas, respetando ampliamente el límite establecido en el art. 10.1 de la LDC (10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la Resolución: 374,35 millones de €), el Consejo considera pertinente fijar la multa a imponer en la cantidad de 22.658.863 Euros, equivalente al [CONFIDENCIAL] de la facturación de ABERTIS, en los años 2006 a 2008, por la prestación del servicio portador del servicio de TDT de ámbito nacional a los operadores que comparten los canales múltiples 66 a 69 que, de acuerdo con los datos facilitados por ABERTIS al Consejo, ascendió a [CONFIDENCIAL].

UNDÉCIMO.- REMEDIOS PARA REMOVER LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS QUE PERDURAN

El Consejo considera que en este expediente las multas impuestas no son suficientes para reparar el daño anticompetitivo causado. Para el cálculo de la multa se han tomado como base los ingresos obtenidos por ABERTIS en el período 2006 a 2008 en los mercados afectados por las conductas sancionadas, pero lo cierto es que el efecto de cierre anticompetitivo del mercado producido por los contratos firmados por ABERTIS, en 2006 con VEO TV (vigente hasta 31/12/2015) y en 2008 con SOGECABLE, TELECINCO Y NET TV (vigentes hasta el 31/12/2006), se extiende más allá de la próxima ventana de oportunidad de entrada al mercado, que tendrá lugar en abril de 2010 con el apagón analógico.

El art. 46 LDC, al regular el contenido de las resoluciones del Consejo, dispone en el número 2 que éstas podrán ordenar la cesación de las prácticas prohibidas (letra a), la imposición de condiciones u obligaciones determinadas (letra b), y la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público (letra c).

En uso de estas facultades, con el objeto de introducir cierta presión competitiva y favorecer la entrada de potenciales competidores, el Consejo considera necesario y proporcionado imponer a ABERTIS, en el marco de los contratos celebrados con VEO TV en 2006 y con SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en 2008 para la prestación del servicio portador de la señal de sus programas de TDT, el deber de reconocer a cada uno de estos operadores de televisión el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato. Este derecho podrá ser ejercitado por el operador de televisión, mediante el preaviso que se pacte y, en defecto de pacto, con tres meses de antelación, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, tanto para resolverlo por completo o para la totalidad del



territorio nacional, como para resolverlo de forma parcial o para una o varias de las placas regionales.

En su virtud, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, en su reunión de 29 de abril de 2009

HA ACORDADO

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

SEGUNDO.- Declarar la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de ABERTIS TELECOM SAU, consistente en abusar de su posición de dominio exigiendo, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes (SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, NET TV y VEO TV) en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006, y establecer una excesiva duración de los contratos con VEO TV en 2006 y con SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en 2008, con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.

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

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

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

SEXTO.- Imponer a ABERTIS TELECOM SAU en el marco de los contratos celebrados con VEO TV el 13 de marzo de 2006, con NET TV el 23 de enero de 2008, con TELECINCO el 24 de enero de 2008 y con SOGECABLE el 7 de marzo de 2008, para la prestación del servicio portador de la señal de sus programas de TDT de ámbito nacional, el deber de reconocer a cada uno de estos operadores de



televisión el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato. Este derecho podrá ser ejercitado por el operador de televisión, mediante el preaviso que se pacte y, en defecto de pacto, con tres meses de antelación, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, tanto para resolverlo por completo o para la totalidad del territorio nacional, como para resolverlo de forma parcial o para una o varias de las placas regionales.

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

OCTAVO.- ABERTIS TELECOM SAU justificará ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el pago de la multa impuesta y lo acordado en los apartados sexto y séptimo de esta Resolución.

NOVENO.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.