



Roj: **SAN 533/2025 - ECLI:ES:AN:2025:533**

Id Cendoj: **28079230062025100037**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/02/2025**

Nº de Recurso: **47/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0000047/2018**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 05207/2018**

**Demandante: NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L.**

**Procurador: D. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Codemandado: KONTRON TRANSPORTATION ESPAÑA, S.L.U. (ANTERIORMENTE, KAPSCH CARRIERCOM ESPAÑA, S.L.U.).**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a tres de febrero de dos mil veinticinco.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **47/2018**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira que actúa en nombre y en representación de la mercantil **NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 8 de junio de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente S/DC/0557/15, NOKIA. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como parte codemandada ha comparecido el Procurador D. Eduardo Manzanos Llorente que actúa en nombre



y en representación de la mercantil KONTRON TRANSPORTATION ESPAÑA, S.L.U. (anteriormente, KAPSCH CARRIERCOM ESPAÑA, S.L.U.).

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que esta Sala dicte sentencia estimatoria por la que

*"i. Declare la no conformidad a Derecho de la Resolución de 8 de junio de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, dictada en el expediente DC/0557/15, Nokia impugnada, y la anule en su integridad.*

*ii. Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número (i) anterior, declare la no conformidad a Derecho de la citada Resolución, anule la sanción impuesta a mi representada en el Dispositivo Sexto de la misma y reduzca sustancialmente la misma (u ordene a la CNMC que la reduzca), de conformidad con las consideraciones realizadas en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente demanda.*

*iii. En todo caso, declare el derecho de mi representada a la devolución del total importe de los intereses legales devengados y gastos incurridos por mi representada para ejecutar la Resolución impugnada, incluyendo, en su caso, los costes del aval bancario que constituya como condición impuesta por cualquier decisión de esta Sala dirigida a suspender el pago inmediato de la sanción impuesta a Nokia, más los intereses legales devengados desde que se produjo tal constitución y hasta que se dicte Sentencia en el procedimiento; y condene a la Administración demandada al abono de los indicados gastos, costes e intereses.*

*iv. En todo caso, condene a la Administración demandada a publicar a su costa el fallo de la Sentencia estimatoria que se dicte, en el plazo de dos meses desde que la misma sea dictada.*

*v. Condene en costas a la Administración demandada".*

**SEGUNDO.** El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada presentaron los respectivos escritos de contestación a la demanda en los que suplicaban se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y para ello se fijó la audiencia del día 27 de noviembre de 2024.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** En el presente recurso contencioso-administrativo la entidad actora NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. (en adelante, NOKIA) impugna la Resolución dictada en fecha 8 de junio de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente S/DC/0557/15 NOKIA, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 1.741.478 euros por la realización de conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en cuanto implicaron una situación de abuso de posición de dominio en el marco de la licitación convocada en fecha 15 de julio de 2014 por la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).

Concretamente, en la parte dispositiva de la resolución sancionadora impugnada se dice:

*"PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por parte de NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L., consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados mayorista de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA y minorista de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España, mediante un estrechamiento de márgenes derivado de la fijación del precio mayorista, relativo al servicio de soporte de nivel 2 y 3 para equipos "core" GSM-R y equipos radio GSM-R de tecnología NOKIA en líneas de alta velocidad propiedad de ADIF, y del precio minorista de los servicios de mantenimiento de las redes GSM-R de ADIF en la licitación de julio de 2014.*

*SEGUNDO.- Declarar responsable de esta infracción a NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L.*

*TERCERO.- Imponer a NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. una multa de 1.741.478 euros.*



**CUARTO.** - *Intimar a NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.*

**QUINTO.** - *Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.*

**SEXTO.**- *Declarar confidencial la información a la que hace referencia el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución".*

La CNMC ha considerado que: "NOKIA es, por tanto, responsable de una infracción consistente en un estrechamiento de márgenes, considerada muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC, que dispone que son infracciones muy graves, entre otras, "El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos". Practica restrictiva de la competencia consistente, según se recoge en la resolución impugnada, "en abusar de su posición de dominio en los mercados mayorista de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA y minorista de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España, mediante un estrechamiento de márgenes derivado de la fijación del precio mayorista, relativo al servicio de soporte de nivel 2 y 3 para equipos "core" GSM-R y equipos radio GSM-R de tecnología NOKIA en líneas de alta velocidad propiedad de ADIF y del precio minorista de los servicios de mantenimiento de las redes GSM-R de ADIF en la licitación de julio de 2014".

Además, la CNMC especifica que "NO KIA ha llevado a cabo una conducta de estrechamiento de márgenes aplicando a KAPSCH, como operador igualmente eficiente, unos precios mayoristas por la prestación del servicio soporte que de haberlos aceptado y ser adjudicatario del contrato de referencia le hubiesen hecho incurrir en pérdidas".

Concluye la CNMC diciendo que "ha quedado demostrado el carácter objetivamente antijurídico de la conducta de NOKIA, toda vez que la eliminación de los márgenes comerciales del inmediato y único competidor en los términos que aquí se han producido no se ajusta a un comportamiento leal y legítimo y conforme al artículo 2 de la LDC de una empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado. Asimismo, igualmente ha quedado probado el propósito subjetivo de NOKIA de intentar excluir a KAPSCH del contrato licitado por ADIF. NOKIA dispone de una cuota de mercado cercana al monopolio en los mercados afectados, en particular, en el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA".

**SEGUNDO.** Con el fin de entender el planteamiento de este recurso contencioso-administrativo destacamos algunos hechos que se recogen en la resolución impugnada:

1. En fecha 15 de julio de 2014, ADIF sacó a concurso el contrato que afectaba, entre otros, al mantenimiento y renovación de los sistemas de telecomunicaciones móviles GSM-R de la red ferroviaria de alta velocidad. Convocatoria que por primera vez implicaba una única licitación para la contratación de servicios de mantenimiento y renovación de las distintas líneas de alta velocidad del que resultaría un único consorcio adjudicatario, con independencia de la identidad del fabricante de cada uno de los equipos ya instalados. A través de acuerdos asociativos con otras empresas, participaron en la licitación, las entidades KAPSCH CARRIERCOM ESPAÑA, S.L.U. (KAPSCH) y NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. (NOKIA).

2. De acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas para acreditar la solvencia técnica de los licitadores se exigía que el licitador presentara una carta de compromiso del fabricante de la tecnología por el que garantizaba la asistencia y soporte técnico de éste al adjudicatario en caso de que fuese necesario. Para el supuesto de que no se contara con ese compromiso correspondía al adjudicatario sustituir el equipamiento instalado por la otra empresa por uno propio y sin coste para ADIF.

3. Ninguna de las empresas, pese a requerírselo mutuamente, se remitieron carta formal de compromiso de soporte técnico. Sin embargo, sí se remitieron mutuamente una oferta económica sobre el precio a cobrar a la otra empresa por la prestación de ese servicio soporte. En particular, con fecha 29 de septiembre de 2014, NOKIA remitió a KAPSCH una oferta mayorista relativa al servicio de soporte a prestar a esta última para el mantenimiento de la red de referencia.

4. Con fecha 1 de octubre de 2014, KAPSCH remitió una carta a ADIF en la que decía que no había podido presentar una oferta "coherente y competitiva de acuerdo con el pliego del contrato". Entre los motivos de renuncia, KAPSCH señalaba que no había recibido el compromiso de soporte de NOKIA y que las ofertas económicas eran muy elevadas.

5. Finalmente, en fecha 19 de diciembre de 2014, ADIF adjudicó el contrato a la UTE Mavents, en la que participaba NOKIA.



6. Posteriormente, con fecha 19 de mayo de 2015, se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito de denuncia de KAPSCH contra NOKIA por supuestas conductas prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Denunciaba que los precios mayoristas ofertados por NOKIA para el servicio soporte de la red de telecomunicaciones eran excesivos y discriminatorios, que estaban muy por encima de los precios de mercado y que eran incompatibles con el presupuesto máximo contemplado en el Pliego de Prescripciones Técnicas lo que, a su juicio, provocaba un estrechamiento o eliminación de márgenes e, incluso, pérdidas. Y, según señalaba la denunciante, esta conducta de NOKIA le impidió presentar una oferta competitiva.

7. La Dirección de Competencia inició, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada (expediente S/DC/0557/15) con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

8. Tras un análisis preliminar de la información facilitada por la denunciante, con fecha 17 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia remitió una solicitud de información a ADIF para que aportara datos sobre líneas o tramos de líneas ferroviarias gestionadas por ADIF que disponen de tecnología GSM-R; empresas que han instalado dicha tecnología; empresas que prestan los servicios de mantenimiento; fechas de los anuncios de las correspondientes licitaciones y de las adjudicaciones; pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas; copia de las ofertas técnicas y económicas presentadas por todos los oferentes e identidad de los subcontratistas en relación con la instalación y servicios de mantenimiento de la tecnología GSM-R en su caso.

9. Con fecha 19 de noviembre de 2015, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra NOKIA, por conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El acuerdo de incoación se refería a la infracción consistente en un abuso de posición de dominio en los mercados de suministro de información técnica y piezas de recambio para equipos GSM-R de NOKIA derivado de la aplicación de precios no equitativos y discriminatorios.

10. Con fecha 13 de septiembre de 2016, la Dirección de Competencia acordó ampliar el objeto del procedimiento porque entendió que las conductas investigadas también comprendían una posible práctica de estrechamiento de márgenes por parte de NOKIA en los mercados afectados.

11. Con fecha 15 de septiembre de 2016, el instructor adoptó el Pliego de Concreción de Hechos que indicaba: *"a los efectos de este Pliego de Concreción de Hechos, esta Dirección de Competencia sólo va a centrarse en el análisis de la existencia de un estrechamiento de márgenes, en la medida que con su verificación se produce una infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, lo que hace innecesario estudiar si también se produce una negativa de suministro abusiva o precios predatorios, especialmente cuando esta Dirección de Competencia considera que con la información disponible no se puede sustanciar la existencia de estas conductas abusivas adicionales al estrechamiento de márgenes"*.

12. Con fecha 24 de noviembre de 2016, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del expediente en la que se propone sancionar a NOKIA por haber incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en abusar de su posición de dominio mediante un estrechamiento de márgenes.

13. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución sancionadora en fecha 8 de junio de 2017.

**TERCERO.** En el escrito de demanda presentado por la entidad recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada efectuando las siguientes consideraciones.

Refiere que no se ha definido correctamente el mercado de producto relevante y ello, a su juicio, tiene transcendencia a la hora de determinar si NOKIA tenía o no posición dominante.

Asimismo, alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque considera que no existen pruebas que acrediten que NOKIA tuviera una posición dominante en el mercado afectado definido por la CNMC.

Por otra parte, niega que hubiera incurrido en una situación de estrechamiento de márgenes. Su tesis es que NOKIA no había impedido a la entidad KAPSCH presentarse a la licitación, sino que, en realidad, fueron problemas tecnológicos de KAPSCH los que determinaron que no se presentara. Añade que, en todo caso, no se han acreditado las razones por las que KAPSCH no podía cambiar los 447 BTS-R de NOKIA por BTS-R de



su propia tecnología al inicio del contrato lo que le hubiera evitado incurrir en los costes mayoristas ofrecidos por NOKIA y, en consecuencia, hubiera podido obtener un margen positivo.

Consideraciones que la recurrente apoya en el informe pericial emitido en fecha 17 de septiembre de 2019 por la entidad Compass Lexecom en el que, según expone Nokia, evidencia que el soporte de Nokia no era indispensable para que KAPSCH se presentase a la licitación ya que KAPSCH tenía capacidad para sustituir los equipos radio de Nokia (las 447 BTS de Nokia) por los suyos antes del inicio del contrato de la licitación lo que, a su juicio, le hubiera supuesto un margen positivo que podía superar los 10 millones de euros.

Asimismo, el Informe Pericial refiere que el test de estrechamiento de márgenes realizado por la resolución impugnada adolece de graves errores al incluir entre los costes minoristas los correspondientes a otras tecnologías, incrementando artificialmente los costes y provocando una divergencia entre los conceptos empleados para los costes y aquéllos utilizados en los ingresos en perjuicio de Nokia.

Finaliza su defensa refiriendo la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción de multa impugnada, así como la vulneración del principio de proporcionalidad.

Tanto el Abogado del Estado como la defensa de la entidad codemandada KAPSCH se oponen a las pretensiones de la recurrente.

**CUARTO.** El contrato convocado por ADIF en fecha 15 de julio de 2014 tenía por objeto, en lo que afecta a este proceso, la contratación de los servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R que incluía dos elementos: la red de radio GSM-R y los sistemas centrales core GSM-R.

Hasta la convocatoria de la licitación de julio de 2014, el mantenimiento de las redes instaladas se efectuaba a cargo del propio instalador por motivos de vinculación tecnológica. Sin embargo, a partir de esta licitación, ADIF pretende que sea el adjudicatario quien se encargue del mantenimiento de todas las líneas a medida que vayan venciendo los contratos en vigor, al tiempo que se renovaban los distintos equipos contemplados en el Pliego de Prescripciones Técnicas al vencimiento de su vida útil. Con ello, ADIF en el Pliego de Prescripciones Técnicas estableció una importante limitación a las empresas que quisieran tener interés en participar en la referida licitación como era que el operador que prestase el servicio de mantenimiento estaba condicionado por el fabricante de las tecnologías propietarias de las instalaciones GSM-R, quién debía prestarle, al menos hasta el final de la vida útil de los distintos equipos, servicios de apoyo y soporte en forma de conocimientos, operarios cualificados, actualizaciones de hardware y software, y repuestos. Para el caso de que no dispusiera de ese apoyo, la empresa interesada debía hacer frente al coste de cambiar toda la red por su cuenta y riesgo. Es decir, de acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas para acreditar la solvencia técnica de los licitadores se incluía la exigencia al licitador de presentar una carta de compromiso del fabricante de la tecnología por el que garantizase la asistencia y soporte técnico de éste al adjudicatario en caso de que fuese necesario. El citado pliego preveía que la alternativa, en caso de no contar con ese compromiso, era que el adjudicatario se obligaba a sustituir el equipamiento instalado por la otra empresa por uno propio sin coste adicional para ADIF. Por ello, en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, como requisito de solvencia técnica se incluía la obligación del licitador de *"acreditar que dispone de conocimientos técnicos suficientes de grado avanzado para el mantenimiento de las instalaciones objeto de este contrato, y experiencia en este tipo de instalaciones. Además, se acreditará si dispone de acuerdos de soporte con los fabricantes principales de las tecnologías mantenidas para resolver incidencias atípicas en la funcionalidad de los sistemas"*. Y para ello el licitador debía aportar una carta de compromiso de soporte técnico del fabricante de la tecnología objeto del contrato. Y en cumplimiento de la referida prescripción tanto NOKIA como KAPSCH mantuvieron diversos contactos hasta la fecha en la que se adjudicó el contrato a la entidad NOKIA para conseguir, precisamente, que el fabricante de las tecnologías propietarias de las instalaciones GSM-R se comprometiera con quien obtuviera la licitación a que le prestara el servicio de mantenimiento de esas instalaciones hasta el final de la vida útil de esos equipos. Es decir, mantienen diversos contactos precisamente para intercambiarse las respectivas ofertas económicas y las cartas de soporte para los servicios de mantenimiento.

Contactos que ninguna de las partes pone en duda. Así, con fecha 1 de septiembre de 2014, KAPSCH solicita a NOKIA, como fabricante de la mayor parte de la tecnología objeto del contrato, oferta de mantenimiento para los equipos desplegados en los sitios centrales de Atocha y Zaragoza para los subsistemas NSS y BSS y para los emplazamientos GSM-R desplegados a lo largo de la vía de las líneas afectadas (precio anual técnicos nivel 1 y 2 y repuestos recomendados, entre otros). El modelo de carta de compromiso de soporte técnico que KAPSCH envía a NOKIA contiene el compromiso de colaboración con KAPSCH para suministrar, apoyar y dar soporte técnico al más alto nivel para el mantenimiento del equipamiento de NOKIA durante la duración del contrato, aportando para ello los medios humanos y materiales necesarios. Y añade, todo ello *"de acuerdo con los precios y condiciones previamente pactados y aceptados por las partes"*.



Por otra parte, con fecha 2 de septiembre de 2014, NOKIA solicita a KAPSCH, como fabricante de parte de la tecnología objeto del contrato, que le otorgue carta de compromiso de soporte técnico del sistema del que es fabricante a NOKIA.

Tras esos primeros contactos, tanto NOKIA como KAPSCH proponen la celebración de reuniones para explicar las ofertas de precios e intercambiarse las correspondientes cartas de compromiso de soporte.

Después de varios desencuentros, en fecha 1 de octubre de 2014, KAPSCH remitió una carta a ADIF en la que puso de manifiesto que no le había sido posible presentar una oferta técnica y económica de calidad y competitiva de acuerdo con el pliego del contrato, por los siguientes motivos:

- El proyecto necesita de mucha información y compromiso de terceros, tecnologías y tecnólogos, no integrados con nosotros.
- La información suministrada en el PPT no es suficiente, máxime cuando los diferentes tecnólogos además se han negado a suministrar información básica y fundamental.
- A 24 horas de la fecha de presentación de la oferta, no disponemos de informes de un elevado porcentaje tecnología y equipamiento existente, nos referimos al compromiso de servicio ni oferta económica.
- Las ofertas económicas recibidas a última hora han sido muy superiores a las cifras que aparecen en el pliego.
- No hemos dispuesto en algunas técnicas de oferta para las potenciales renovaciones de equipos.

Finalmente, únicamente NOKIA presenta su oferta a ADIF indicando que: *"En relación al soporte de la tecnología Radio del fabricante Kapsch y debido a que el fabricante no nos ha entregado la carta de soporte tecnológico, incluimos a continuación, una propuesta detallada para la renovación, sin coste adicional para Adif, del equipamiento Kapsch contenido en la presente licitación por equipamiento Nokia. Esta propuesta de renovación se haría justo antes de que el citado equipamiento del tramo Barcelona-Figueras pasase a ser mantenido dentro del presente contrato (enero 2016 aproximadamente), estando dispuesta Nokia a realizarlo con mayor antelación si así se acordase con ADIF"*.

Y el contrato se adjudica a la UTE formada por NOKIA y otras empresas tales como Siemens, S.A y Thales España GRP, S.A.U.

**QUINTO.** Centrado el planteamiento del proceso, debemos analizar cuál es el mercado de producto afectado y si, en dicho mercado, NOKIA tiene una posición de dominio ya que solo si se diera esta circunstancia podríamos examinar si efectivamente ha realizado prácticas abusivas mediante la técnica del estrechamiento de márgenes.

Aunque la licitación convocada por ADIF en 2014 afectaba a numerosos aspectos y tecnologías relacionados con las líneas de alta velocidad, la CNMC delimita el mercado de producto relevante atendiendo exclusivamente al sector que se ha visto afectado por la conducta sancionada en el que, además, no *"existen alternativas por el lado de la demanda o de la oferta para cubrir las necesidades de mantenimiento de ADIF"*. Y, en este sentido, ha delimitado los siguientes mercados de producto relevantes:

- a) Mercado de fabricación y comercialización de la red de telecomunicaciones móviles GSM-R (subsistemas BSS y NSS).
- b) Mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R.
- c) Mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA.

Mercados de producto relevantes fijados por la CNMC que se han justificado en la resolución impugnada diciendo: *"Hasta la convocatoria de la licitación de julio de 2014, el mantenimiento de las redes instaladas ha corrido a cargo del propio instalador por motivos de vinculación tecnológica. Sin embargo, a partir de esta licitación, ADIF pretende que sea el adjudicatario el mantenedor de todas las líneas a medida que vayan venciendo los contratos en vigor, al tiempo que renueva los distintos equipos contemplados en el PPT al vencimiento de su vida útil. Para ello, ADIF estableció en el PPT que, para poder ofrecer servicios de mantenimiento y renovación, tanto en el subsistema BSS como en el NSS, los operadores que licitaran al concurso debían contar con el soporte del fabricante que había realizado el despliegue original, así como con un certificado de interoperabilidad. De lo anterior se desprende que hay un conjunto de actividades complementarias que satisfacen necesidades distintas, pero se encuentran estrechamente vinculadas, como son la fabricación y comercialización de infraestructuras de telecomunicaciones GSM-R, el mantenimiento de las mismas y las actividades de apoyo y soporte técnico. Las actividades de fabricación y comercialización de las instalaciones de equipos de la red GSM-R y el mantenimiento de dichas infraestructuras pueden ser prestadas por proveedores*



diferentes, como se desprende del PPT de ADIF. No obstante, el operador que preste el servicio de mantenimiento está condicionado por el fabricante de las tecnologías propietarias de las instalaciones GSM-R, quien debe prestarle, al menos hasta el final de la vida útil de los distintos equipos, servicios de apoyo y soporte en forma de conocimientos, operarios cualificados, actualizaciones de hardware y software, y repuestos. De esta manera, en línea con los precedentes en otros sectores, los servicios de mantenimiento de los equipos de la red GSM-R configurarían un mercado de producto diferenciado. Por otra parte, los servicios de apoyo, soporte técnico y suministro de repuestos de cada marca, a partir de las nuevas exigencias de ADIF en la licitación de 2014 que permite que los servicios de mantenimiento, por un lado, y soporte, por otro, sean llevados a cabo por empresas distintas, pasan a ser un input esencial de cara a la prestación de los servicios minoristas de mantenimiento de los equipos del fabricante, y se configuran como un mercado relevante en sí mismo, diferenciado por marca, y verticalmente relacionado con el mercado de servicios de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones GSM-R".

En relación con el mercado geográfico afectado la CNMC sostiene que: "En todo caso, no es necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta del ámbito geográfico de estos dos mercados, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis. En el caso del mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA, este operador tiene una cuota de mercado del 100% con independencia del ámbito geográfico que se delimite. Por lo que se refiere al mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R, esta Sala, al igual que la Dirección de Competencia, estima que el mismo tiene una dimensión nacional en España. En particular, su dinámica competitiva está muy influenciada por la estructura (en términos de fabricante) de las redes de tecnología GSM-R que ADIF tiene en España, que presenta diferencias sustanciales con otros países. Adicionalmente, la prestación de los servicios de mantenimiento a ADIF, en particular, en relación con las obligaciones de revisión periódica y de tiempos de respuesta a las incidencias, obligan a los distintos oferentes a disponer de medios personales y técnicos en España".

La recurrente no comparte la definición que del mercado de producto relevante ha efectuado la CNMC remitiéndose a las conclusiones recogidas en el informe pericial emitido por la entidad Compass Lexecom donde se indica que: "La resolución ha definido erróneamente el mercado relevante porque toma como punto de partida un producto focal incorrecto". Y ello, según se recoge en el citado informe, porque en el mercado de producto de referencia "debería haber incluido todas las tecnologías objeto de la licitación" tales como "los servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones fijas, telecomunicaciones móviles GSM-R, infraestructuras de operadores de telefonía móvil, sistemas centrales del core de red GSM-R, sistemas de gestión centralizada de telecomunicaciones, telemando de energía y telemando de detectores".

No aceptamos las conclusiones recogidas en el informe pericial aportado por la recurrente para justificar sus discrepancias con la definición del mercado de producto relevante efectuada por la CNMC. En este sentido, entendemos que esta es una cuestión jurídica cuyo análisis solo puede hacerse bajo parámetros jurídicos y no bajo parámetros ni económicos ni técnicos. Además, consideramos que la CNMC si ha especificado las razones que le han llevado a definir en este expediente sancionador un mercado concreto de producto relevante al decir expresamente que, en relación con ese producto, no "existen alternativas por el lado de la demanda o de la oferta para cubrir las necesidades de mantenimiento de ADIF". Criterio este que no se ha desvirtuado en el informe pericial con arreglo a razones técnicas toda vez que únicamente se ha constatado la opinión de los peritos que han elaborado el citado informe pero sin ninguna justificación técnica ni económica más allá de mostrar su discrepancia con la determinación que en este aspecto ha efectuado la CNMC.

**SEXTO.** Una vez definido el mercado de producto relevante debemos examinar si la entidad recurrente, NOKIA, tiene o no una posición de dominio en el mismo.

La posición de dominio implica una posición de poder económico en un mercado que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores. De modo que el elemento clave en la definición de la posición dominante de una empresa en un mercado es su significativa independencia de comportamiento en ese mercado respecto de sus fuentes de presión competitiva, ya sean competidores, proveedores o clientes, para poder influir en el mismo. Sin esa independencia, aunque la empresa abarque gran parte del mercado, no puede actuar al margen de las leyes de la oferta y la demanda.

Esta Sala confirma en esta cuestión las conclusiones obtenidas por la CNMC que se apoyan en datos económicos no desvirtuados por la recurrente. Y, en este sentido, la CNMC ha señalado que: "...NOKIA ostenta una posición de dominio en los dos mercados relacionados verticalmente: i) el mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R (subsistemas BSS y NSS) en España, y ii) el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España de marca NOKIA". Y ello porque, según señala,



"hasta la convocatoria de la licitación de julio de 2014, existían en la fabricación y mantenimiento de redes de telecomunicaciones móviles GSM-R de ADIF únicamente dos proveedores, NOKIA y KAPSCH, con cuotas del 84,7% y 15,3%, respectivamente. El mercado mayorista de servicios de apoyo y soporte no existía, ya que el mantenimiento lo realizaba el propio tecnólogo y no era necesaria, en consecuencia, la prestación de servicios de apoyo. A partir de la adjudicación de la licitación de julio de 2014, la situación cambia. En el ámbito de la fabricación y comercialización de redes de telecomunicaciones móviles GSM-R de ADIF, NOKIA pasa a absorber la posición de KAPSCH derivada de la línea de alta velocidad Barcelona-Figueras. Esto es consecuencia de la ausencia de carta de soporte de mantenimiento de nivel 2/3 por parte de KAPSCH, propietario de la tecnología GSM-R instalada en dicha línea, que obliga a NOKIA a sustituir, sin cargo para ADIF, esa tecnología por la suya propia. Así, la cuota incrementada de NOKIA se sitúa en el 89,7%. En el mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R propiedad de ADIF en España, en línea con lo anterior, NOKIA ha continuado manteniendo sus equipos y ha pasado a mantener, con carácter prácticamente inmediato, el equipamiento de KAPSCH en la línea Barcelona-Figueras, por ausencia de compromiso de soporte por parte del tecnólogo. KAPSCH sigue manteniendo las líneas Orense-Santiago y cercanías Bilbao-Santander. El mercado mayorista de apoyo y soporte, por su parte, surge a partir de la citada licitación y en él tendrá cabida un único oferente con una cuota del 100%, pues será el único operador capacitado para prestar servicios de soporte de sus propios equipos. De lo anterior se desprende que, como consecuencia de la Licitación de julio de 2014 y de las adjudicaciones realizadas recientemente de líneas de ferrocarril que todavía no han entrado en funcionamiento, los mercados relacionados con la tecnología GSM-R en el futuro tendrán en España, muy probablemente, una configuración en la que existirá un único operador, NOKIA, que mantendrá sus propios equipos".

Y la CNMC concluye que existe posición de dominio por parte de NOKIA porque "junto con el análisis de la cuota de mercado de NOKIA, que muestra un claro indicio de su posición de dominio, se han analizado otras dos circunstancias de carácter estructural que, en conjunción con la primera, permiten confirmar que NOKIA ostenta una posición dominante en los mercados analizados, y en particular en el mercado mayorista de prestación de servicios de soporte, apoyo y suministro".

**SÉPTIMO.** Debemos ahora analizar si en ese mercado en el que NOKIA tiene una posición de dominio ha realizado conductas abusivas. La Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 TeliaSonera), ha señalado que: "En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)".

La CNMC ha entendido que NOKIA se ha servido de una de las modalidades de abuso de posición de dominio como es el estrechamiento de márgenes o margin squeeze. Práctica que fue definida en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 30 de noviembre de 2000, Industrie des Poudres Sphériques SA/Comisión, T-5/97, al señalar en el apartado 178 que "existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado".

Además, el TJUE en la sentencia de 17 de febrero de 2011, asunto Telia Sonera, declara que la compresión de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del servicio minorista, de tal forma que a un competidor tan eficiente como el operador incumbente no le resulta rentable competir en dicho mercado minorista ofreciendo el servicio a los clientes finales.

Respecto de si el estrechamiento de márgenes puede o no considerarse una práctica abusiva prohibida por el artículo 2 de la LDC y artículo 102 del TFUE, la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2010, C-280 P/2008, que confirmó la del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión ( T-271/03), señala que:

"172. Por lo que respecta al carácter abusivo de las prácticas tarifarias de la recurrente, hay que indicar que el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra a), prohíbe expresamente que una empresa dominante imponga directa o indirectamente precios no equitativos.



173. Por otro lado, la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 82 CE no es limitativa, de modo que las prácticas que recoge constituyen únicamente ejemplos de abuso de posición dominante. En efecto, la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Tratado (véase la sentencia *British Airways/Comisión*, antes citada, apartado 57 y jurisprudencia citada).

174. A este respecto, procede recordar que, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el artículo 82 CE tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia está ya debilitada, en razón precisamente de la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (véanse, en este sentido, las sentencias *Hoffman-La Roche/Comisión*, antes citada, apartado 91; *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, antes citada, apartado 70; de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión*, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 69; *British Airways/Comisión*, antes citada, apartado 66, y *France Télécom/Comisión*, antes citada, apartado 104).

175. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, a fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias procede apreciar el conjunto de circunstancias, examinar si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, apartado 73, y *British Airways/Comisión*, apartado 67).

176. De este modo, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican impidiendo el juego de la competencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante, como ya se recordó en el apartado 83 de la presente sentencia, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia *France Télécom/Comisión*, antes citada, apartado 105 y jurisprudencia citada).

177. De ello se deduce que el artículo 82 CE prohíbe, en particular, a una empresa en posición dominante llevar a cabo prácticas tarifarias que provoquen la expulsión de sus competidores igualmente eficaces, actuales o potenciales, es decir prácticas que pueden, dificultar o imposibilitar el acceso al mercado de éstos, así como dificultar o imposibilitar, para sus otras partes contratantes, la elección entre varias fuentes de aprovisionamiento o socios comerciales, reforzando de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, toda competencia en los precios no puede considerarse, sin embargo, legítima (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, apartado 73; *AKZO/Comisión*, apartado 70, y *British Airways/Comisión*, apartado 68)".

La misma sentencia aborda también la definición de tales prácticas:

"4. Sobre dicha compresión de márgenes, el Tribunal, en el apartado 38 de la sentencia recurrida, recuerda los términos de los considerandos 102 y 105 de la Decisión controvertida, que establecen lo siguiente:

«102. Se habla de compresión de márgenes [...] cuando el conjunto de las tarifas mensuales y fijas pagaderas a [la recurrente] en concepto de acceso mayorista [al bucle local] obliga a los competidores a facturar a sus clientes finales unos precios superiores a los que [la recurrente] cobra a sus propios clientes finales por los mismos servicios. Si las tarifas mayoristas [de acceso al bucle local] son superiores a las tarifas minoristas [por los servicios de acceso para abonados], los competidores de [la recurrente] en ningún caso pueden realizar beneficios, aunque sean igual de eficientes que [la recurrente], puesto que además de las tarifas mayoristas [de acceso al bucle local] tienen que soportar otros costes adicionales en concepto de marketing, facturación, cobro, etc.

103. Al cobrar a sus competidores unas tarifas mayoristas por el acceso a los bucles locales superiores a las tarifas que factura a sus propios clientes finales por el acceso a la red local, [la recurrente] impide que aquéllos puedan ofrecer también servicios de acceso a través del bucle local, y no sólo llamadas telefónicas".

Añade en su apartado 234, que "En efecto, dado que el mercado minorista por los servicios de acceso para abonados constituye un mercado distinto y que los servicios de acceso al bucle local son indispensables para los competidores al menos igual de eficientes que ella misma para entrar a competir en dicho mercado



*con una empresa que, como la recurrente, tiene en el mismo una posición dominante resultante ampliamente del monopolio legal del que disfrutaba antes de la liberalización del sector de las telecomunicaciones, el establecimiento de un sistema de competencia no falseada exige que dicha empresa dominante no pueda, mediante sus prácticas tarifarias en dicho mercado minorista, infligir, de entrada, a sus competidores al menos igual de eficientes una desventaja competitiva en éste que pueda impedir o restringir su acceso a éste mercado o el desarrollo de sus actividades en éste".*

En consecuencia, es evidente que el abuso puede materializarse a través del llamado estrechamiento de márgenes que opera cuando una empresa verticalmente integrada, que disfruta de una posición de dominio en el mercado mayorista, puede excluir a sus competidores en el mercado minorista dando acceso a un insumo necesario en unas condiciones que sus competidores no puedan competir eficazmente con ella de forma duradera, ni siquiera cuando tales competidores cuentan con igual grado de eficiencia que el operador dominante. Para ello, es necesario un escenario en el que concurren, al menos, las siguientes circunstancias:

- Existencia de dos mercados verticalmente relacionados, en el que para operar en el mercado minorista es necesario contar con el input del mercado mayorista.
- El input necesario para operar en el mercado descendente debe estar controlado por una empresa que tiene posición de dominio en el mercado mayorista y que además es competidor en el mercado minorista. Es decir, en una misma empresa recae la condición de proveedor y competidor al mismo tiempo.
- La existencia de un margen insuficiente en la prestación del servicio en el mercado minorista a consecuencia de los precios aplicados por el operador con posición de dominio.

En el caso analizado, esta Sala considera que NOKIA es una empresa verticalmente integrada que fabrica, comercializa y mantiene equipos GSM-R y cuenta con una posición de dominio en el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de marca NOKIA, así como en el mercado de mantenimiento de equipos GSM-R en España. Nos encontramos, por tanto, ante una empresa que opera en dos mercados relacionados verticalmente y que ofrece un servicio mayorista, el de soporte, necesario para poder prestar el servicio minorista previsto en el contrato con ADIF. Concurren, por tanto, las condiciones primera y segunda del escenario antes descrito.

Es en relación con la tercera condición, es decir, la inexistencia de un margen insuficiente en la prestación del servicio minorista, donde las partes muestran su discrepancia. Para el análisis de esta cuestión debemos tener en cuenta los precios y costes que la empresa aplica en el mercado de las prestaciones minoristas. Y, además, será necesario demostrar que dicha práctica produce un efecto contrario a la competencia, al menos potencial, en el mercado minorista, sin que exista para ello justificación económica.

En el Asunto TeliaSonera, el TJUE ha indicado que la compresión de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del servicio minorista, de tal forma que a un competidor tan eficiente como el operador incumbente no le resulta rentable competir en dicho mercado minorista ofreciendo el servicio a los clientes finales. El test de estrechamiento exige, por tanto, comparar ingresos con costes minoristas y mayoristas.

**OCTAVO.** En este sentido, en la resolución impugnada consta que en el análisis del estrechamiento de márgenes se han tenido en cuenta (i) los costes minoristas de NOKIA que se identifican con los costes de mantenimiento de los equipos radio y core no incluidos en el soporte de nivel 2/3 de NOKIA; y (ii) los costes mayoristas que se identifican con el coste del soporte 2/3 de NOKIA de la oferta de soporte mayorista de NOKIA a KAPSCH. Y en ese cálculo la CNMC ha concluido que, tanto en el escenario de 3 años como en el de 4 años, el operador igualmente eficiente habría obtenido un margen negativo entre 1,3 y 6,1 millones de euros, respectivamente, lo que acredita la presencia de un estrechamiento de márgenes de sus potenciales competidores en la licitación. Y concluye que: *"En atención a ello, esta Sala concluye que NOKIA ha incurrido en una práctica consistente en un estrechamiento de márgenes cuyo resultado evidencia que a una empresa tan eficiente como NOKIA, en este caso KAPSCH, no le habría resultado rentable competir con NOKIA en el mercado de mantenimiento de los equipamientos instalados, toda vez que los márgenes de rentabilidad que se derivan de la diferencia entre ingresos minoristas y costes minoristas y mayoristas, resulta negativa y ello supone una práctica exclusionaria prohibida por las normas de competencia nacionales y comunitarias".*

Frente a esos argumentos de la CNMC, la entidad recurrente niega que se haya producido el estrechamiento de márgenes y se apoya en el informe pericial aportado como prueba y emitido en fecha 17 de septiembre de 2019 por la entidad Compass Lexecom en el que efectúa *"un análisis desde un punto de vista económico de la resolución y de la metodología usada por la Dirección de Competencia para el análisis del supuesto estrechamiento de márgenes"*. El planteamiento del informe pericial es que no hubo por parte de NOKIA una



conducta abusiva a través del estrechamiento de márgenes por dos razones: primera, porque, según expone, no es reprochable a NOKIA que KAPSCH no participara en la licitación convocada por ADIF; y, segunda, porque KAPSCH no dependía de la tecnología de NOKIA ya que pudo sustituir y reemplazar al inicio del contrato los 447 BTS de NOKIA por BTS de su propia tecnología lo cual, atendiendo a los 10 años de duración del contrato, le hubiera supuesto un margen positivo de más de 10 millones de euros.

No compartimos la afirmación de NOKIA cuando refiere que no impidió la participación de KAPSCH en la citada licitación.

Es cierto que ninguna de las empresas, pese a requerírsele mutuamente, se remitieron carta formal de compromiso de soporte técnico; sin embargo, el comportamiento de ambas empresas durante el procedimiento de contratación, frente a lo que ahora mantiene NOKIA, evidencia que para ellas la carta de compromiso era un requisito sine qua non para poder ser adjudicatarios del contrato sin la necesidad de llevar a cabo la sustitución de la tecnología de la otra empresa. Prueba de ello es que ambas empresas se enviaron el modelo de carta de compromiso para ser cumplimentada y devuelta por la otra empresa ya que, para el caso de que no dispusieran de esa carta y quisieran presentarse a la licitación, estaban obligadas a sustituir la tecnología de la otra empresa sin coste para ADIF como alternativa a la falta de soporte. En este sentido es revelador que NOKIA, ante la ausencia de carta de KAPSCH, decidiese ofrecer a ADIF la sustitución de la tecnología de ésta última justificando tal decisión, precisamente, en el hecho que *"el fabricante no nos ha entregado la carta de soporte tecnológico"*. Y como finalmente no se enviaron las cartas de compromiso, KAPSCH estaba obligada a contratar los servicios mayoristas de NOKIA y proceder a su costa a la sustitución gradual de las BTS de NOKIA ya que, como luego analizaremos, era técnica y económicamente inviable la sustitución inmediata de los 447 BTS-R de NOKIA.

Por tanto, en el proceso de licitación no solo era esencial la carta de compromiso sino que, además, NOKIA sabía que si KAPSCH participaba en la licitación sin presentar la carta de compromiso para el servicio soporte debía, entonces, asumir el coste adicional de tener que aceptar la oferta mayorista de NOKIA y, simultáneamente, ofrecer a ADIF como mejora la sustitución gratuita gradual de los equipos de NOKIA. Por tanto, la conducta de NOKIA no obedecía a una práctica que pudiera considerarse dentro de los límites de una competencia leal entre empresas, toda vez que su conducta fue apta para causar la exclusión de un competidor por medios y prácticas distintos de aquellos que cabe esperar de una empresa que ostenta una posición dominante en el mercado.

Precisamente esa situación de dominio que tenía NOKIA en el mercado es lo que llevo a KAPSCH a no presentarse a la licitación convocada como así se deduce del contenido de la carta que presentó a ADIF en fecha 1 de octubre de 2014 al referir que no le había sido posible presentar una oferta "coherente y competitiva de acuerdo con el pliego del contrato", por los siguientes motivos:

- El proyecto necesita de mucha información y compromiso de terceros, tecnologías y tecnólogos, no integrados con nosotros.
- La información suministrada en el PPTP no es suficiente, máxime cuando los diferentes tecnólogos además se han negado a suministrar información básica y fundamental.
- A 24 horas de la fecha de presentación de la oferta, no disponemos de informes de un elevado porcentaje tecnología y equipamiento existente, nos referimos al compromiso de servicio ni oferta económica.
- Las ofertas económicas recibidas a última hora, han sido muy superiores a las cifras que aparecen en el pliego.

Del contenido de esa carta se puede deducir que parte de los motivos de renuncia se refieren precisamente a la actuación de NOKIA y, en particular, a la ausencia de carta de compromiso y a los precios contenidos en la oferta económica presentada por NOKIA, por lo que es evidente que la actuación de ésta tuvo una clara incidencia en la decisión de KAPSCH de no acudir al contrato. Además, conviene precisar que en realidad KAPSCH no disponía de un insumo alternativo que le hubiese permitido acudir al contrato sin necesidad de aceptar los precios de NOKIA, toda vez que, en el caso de que KAPSCH se hubiera presentado a la licitación ante la ausencia de carta de soporte por parte de NOKIA, habría tenido que realizar la misma oferta de mejora que NOKIA, solo que, en este caso, la sustitución afectaría a las 447 BTS de tecnología NOKIA. De lo contrario su oferta habría sido excluida de la licitación por no cumplir con lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas al decir en el apartado 20.1.1.3 referido al "compromiso de soporte técnico" que el licitador deberá acreditar si dispone de acuerdos de soporte con los fabricantes de las tecnologías mantenidas para resolver incidencias atípicas en el funcionamiento de los sistemas que requieran una actuación especial.

En definitiva, NOKIA no solo era el fabricante de prácticamente toda la red que se licitaba sino que, además, como el contrato exigía a quien participara en la licitación que dispusiera del soporte técnico del fabricante ello



ya implicaba una evidente ventaja competitiva para NOKIA, tanto en términos operativos como económicos, y, además, suponía una barrera de entrada adicional en el mercado de mantenimiento para el resto de competidores al tener que depender de los servicios mayoristas de un competidor directo para poder prestar el servicio, tanto en lo que se refiere al soporte para el mantenimiento de las líneas como para la obtención de los certificados de interoperabilidad, ya que debían estar firmados por el fabricante. Por ello, cualquier operador distinto de NOKIA partía de una posición de desventaja económica ya que debía acometer un mayor sacrificio económico para ser adjudicatario del contrato al tener que asumir el coste adicional relativo al servicio mayorista de soporte situación ésta que en el caso de NOKIA sucedía en menor medida toda vez que, solamente debería mantener un porcentaje escaso de la totalidad de red instalada en España. De hecho, una vez adjudicado el contrato a NOKIA decidió acometer la sustitución de las pocas infraestructuras de KAPSCH por lo que ni siquiera precisaba de ese soporte lo que demuestra que para ella la carga de tener que asumir el coste de ese servicio o sustitución no era tan relevante.

En definitiva, es cierto que NOKIA sustituyó los equipos de KAPSCH al inicio del contrato por los equipos de su propia tecnología, pero no puede desconocerse que la situación de partida entre NOKIA y KAPSCH a estos efectos era muy diferente y ello tenía lógicamente influencia en las decisiones posteriores ya que no es equivalente sustituir a su costa 34 equipos (que asumiría NOKIA) o 447 equipos (que asumiría KAPSCH).

**NOVENO.** Lo que sí se remitieron mutuamente fue una oferta económica sobre el precio a cobrar a la otra empresa por la prestación de ese servicio soporte. En particular, con fecha 29 de septiembre de 2014, NOKIA remitió a KAPSCH una oferta mayorista relativa al servicio de soporte a prestar a esta última para el mantenimiento de la red de referencia.

La CNMC ha considerado que NOKIA ha llevado a cabo una conducta de estrechamiento de márgenes derivado de la fijación del precio mayorista relativo al coste del servicio soporte de nivel 2 y 3 para equipos "core" GSM-R y equipos radio GSM-R de tecnología NOKIA en líneas de alta velocidad propiedad de ADIF y del precio minorista de los costes de mantenimiento de los equipos radio y core no incluidos en el soporte de nivel 2/3 de Nokia. Conducta esta que había impedido a su competidor KAPSCH presentarse a la licitación ya que si hubiera aceptado esos precios y hubiera sido adjudicatario del contrato de referencia hubiera incurrido en pérdidas. Y ello porque el soporte de nivel 2/3 de NOKIA era indispensable para KAPSCH ya que para este era inviable, técnica y económicamente, la sustitución inmediata de las 447 BTS de Nokia por BTS con tecnología de KAPSCH y, por tanto, necesitaba el soporte mayorista de NOKIA durante tres años para los equipos core y durante tres o cuatro años como máximo para los equipos radio y ello, según refiere la CNMC, le hubiera supuesto un margen negativo de 1,3 o 6,2 millones de euros dependiendo de si hubiese necesitado el soporte mayorista de Nokia para equipos radio 3 o 4 años, respectivamente. Y en este sentido la resolución impugnada refiere que Nokia habría *"incurrido en una práctica consistente en un estrechamiento de márgenes cuyo resultado evidencia que a una empresa tan eficiente como Nokia, en este caso KAPSCH, no le habría resultado rentable competir con Nokia en el mercado de mantenimiento de los equipamientos instalados, toda vez que los márgenes de rentabilidad que se derivan de la diferencia entre ingresos minoristas y costes minoristas y mayoristas, resulta negativa y ello supone una práctica exclusionaria prohibida por las normas de competencia nacionales y comunitarias"*.

Por el contrario, NOKIA niega que haya ocasionado un estrechamiento de márgenes porque refiere que la CNMC no ha acreditado que KAPSCH no tuviera capacidad técnica ni económica para sustituir los 447 BTS de NOKIA antes de la licitación convocada por ADIF, como así efectuó Nokia al sustituir y reemplazar 34 BTS de Kapsch. Concluye que KAPSCH hubiera podido obtener a la finalización de los 10 años de duración del contrato un margen superior a los 10 millones de euros si hubiera asumido la sustitución de los 447 BTS y hubiera presentado una oferta similar a la de NOKIA porque, a su juicio, era técnica y económicamente viable para KAPSCH reemplazar la tecnología de NOKIA con la suya propia y, por tanto, el soporte de nivel 2/3 de NOKIA (oferta mayorista) no habría sido un recurso esencial para presentarse a la licitación.

Esta Sala no comparte las conclusiones recogidas en el informe pericial aportado por la recurrente cuando refiere un margen positivo a favor de KAPSCH atendiendo al plazo de 10 años de duración total del contrato. Y ello porque parte de un requisito no exigido por ADIF en la licitación analizada ya que únicamente exigía que se acometiese la renovación de las BTS a partir del tercer año. Incluso este era el periodo temporal -tres años- que había tenido en cuenta NOKIA al emitir la última oferta mayorista a KAPSCH en la que exigía un periodo mínimo de contratación de tres años, con un coste fijo asociado a cada año. Y atendiendo a ese dato temporal la oferta propuesta por NOKIA a KAPSCH implicaba un margen negativo que era abusivo.

Por otra parte, aunque se admitiera a efectos dialecticos que KAPSCH pudo sustituir al principio del contrato los 447 BTS de NOKIA tampoco ello hubiera supuesto la obtención de un margen positivo para KAPSCH ya que como señala la resolución sancionadora: *"Además, hay que tener en cuenta que los equipos de radio están constituidos por dos elementos básicos, BTS y BSC, que tienen que ser del mismo tecnólogo. En el PPT se*



especifica que la renovación de las BSC se realizará según el ciclo de vida, que no está determinado. Según la información facilitada por ADIF, el software de las BSC está garantizado hasta finales de 2016, por lo que es a partir de 2017 (tercer año) cuando se tiene que iniciar la renovación de las BSC. Sin embargo, debido a que las BSC están ubicadas junto a los equipos core se las suele incluir junto con este equipamiento. Por tanto, mientras que en el tercer año se renovarían las BSC junto a los equipos core, se ha considerado como hipótesis más realista el horizonte de 4 años al existir todavía en este último equipos radio que sustituir".

En definitiva, no son ni arbitrarios ni caprichosos los periodos temporales de tres y cuatro años que se han tenido en cuenta por la CNMC para efectuar los cálculos económicos de los márgenes ya que esos periodos temporales son los que tuvo en cuenta NOKIA que, en su oferta preveía la renovación de los BTS a partir del cuarto año y KAPSCH no tenía un incentivo para la renovación anticipada de equipos antes de terminar el tercer año, puesto que tendría que pagar la misma cantidad en concepto de coste mayorista y, por tanto, no tendría sentido que se planteara un plan de sustitución que no se extendiera al cuarto año. En esta línea, la CNMC refiere que: "con fecha 29 de septiembre de 2014, NOKIA presenta a KAPSCH oferta económica por la prestación de servicios de soporte. Se trata, en realidad, de dos ofertas. Una oferta para servicios de soporte de nivel 2 y 3 para equipos core GSMR en Líneas de Alta Velocidad de ADIF y otra oferta para servicios de soporte de nivel 2 y 3 para equipos Radio GSMR en Líneas de Alta Velocidad de ADIF. De acuerdo con información facilitada por ADIF, existen diversos niveles de mantenimiento. El mantenimiento de nivel 1 se refiere al de más bajo nivel, es realizado por técnicos de mantenimiento que están cerca del equipo a mantener y cuyo conocimiento del equipo es limitado. El mantenimiento de nivel 2, lo realizan técnicos más especializados que conocen perfectamente todas las variables y posibles fallos que se pueden dar. El mantenimiento de nivel 3, es el más especializado de los tres y lo realizan técnicos de desarrollo de producto de la empresa fabricante del equipo. Las ofertas soporte de NOKIA se refieren a los niveles 2/3. Ambas ofertas comprenden en su apartado 2 la descripción del servicio: organización y funciones; proceso de gestión de las peticiones del cliente; los roles y funciones de cada una de las partes; tiempos de respuesta; soporte de software; actualizaciones de software (siempre que no haya quedado en phase-out); soporte de emergencia; canales de comunicación; escalados y reuniones periódicas; formación de nivel 1; servicio de reparación y retorno de repuestos. El apartado 3 comprende la valoración económica que se eleva, en el caso de los equipos core, a 4.098.295 euros anuales y, en el caso de los equipos Radio, a 6.111.545 euros anuales. En la valoración se especifica, entre otros, que no se incluye la adquisición de repuestos; que el equipamiento debe tener instalada la última versión de software disponible incluyéndose en el precio la actualización; que se incluye formación para personal de nivel 1. En la oferta para equipos core se indica que se incluye la "actualización de las plataformas IN (Railways, Mobile Centrex y Commander), a realizar en los tres primeros meses del contrato". El apartado 4 establece las condiciones de la oferta: tendrá validez por 90 días; los precios serán revisables anualmente con el IPC; no incluyen impuestos; "pedido inicial será por una duración mínima de 3 años, pudiendo ser renovado anualmente a partir del 4º año, en caso de mutuo acuerdo entre ambas partes"; forma de pago mediante transferencia bancaria por adelantado al período correspondiente, por el total del período en cuestión; en caso de cancelación anticipada de forma unilateral por el cliente, se procederá a facturar la parte pendiente del período contratado (inicialmente 3 años). El apartado 5 establece el listado de repuestos recomendados con sus precios unitarios y el plazo de suministro".

Por ello, el período de referencia para la valoración de los precios del servicio mayorista, en lo que a equipos se refiere, debe ser de tres años. Y respecto a la valoración de los precios del servicio mayorista en lo que se refiere a equipos radio la CNMC también ha tenido en cuenta el periodo temporal entre 3 y 4 años que se había tenido en cuenta en la planificación realizada por KAPSCH y NOKIA en sus planes de renovación de cara a la licitación.

**DÉCIMO.** Por otra parte, la recurrente entiende que no son correctos los datos que la CNMC ha tenido en cuenta para concluir el estrechamiento de márgenes. En este sentido señala que los ingresos de explotación que se han tenido en cuenta por la CNMC no se corresponderían con los costes minoristas utilizados y ello porque en los costes minoristas se habrían incluido, además de los de la tecnología GSM-R, los de gestión centralizada de telecomunicaciones que sería otra de las tecnologías de la licitación. Y en el informe pericial se señala que si la Resolución no incluye los ingresos derivados de los sistemas de gestión centralizada de telecomunicaciones tampoco debería incluir sus costes minoristas.

La resolución señala que tiene en cuenta los datos aportados por Nokia que habría calculado los costes minoristas de Radio GSM-R y Core GSM-R en función del porcentaje que las incidencias correspondientes a Radio GSM-R (26,21%) y Core GSM-R (4,25%) representan sobre el total de incidencias. Sin embargo, el informe pericial asegura que NOKIA en la información remitida a la CNMC no ha tenido en cuenta el conjunto de los sistemas centrales, que incluyen los sistemas centrales GSM-R y los sistemas de gestión centralizada de telecomunicación. Y, a su juicio, las incidencias de Core GSM-R representarían únicamente el 1,71% de las incidencias, frente al 4,25% considerado por la CNMC, de tal modo que si se eliminaran los costes de gestión centralizada de telecomunicaciones, los costes se reducirían en 2.175.385,14 euros. Y esto implicaría un margen positivo de 816.627,30 euros (escenario de 3 años) que descartaría el estrechamiento de márgenes.



En primer lugar, destacamos que el informe pericial únicamente ha tenido en cuenta esta alegación en relación con el error en la determinación de los costes minoristas atendiendo al periodo de tres años y no al periodo de 4 años que la resolución impugnada considera más realista como ya se ha expuesto anteriormente sobre todo porque esta fue la opción escogida por NOKIA y por ello la CNMC entendió que era la opción que se debía utilizar como base para el test de estrechamiento de márgenes. Y, sin embargo, ahora en el informe pericial se modifican los datos de costes atendiendo exclusivamente al escenario de 3 años, pero se ha omitido el escenario de 4 años, que implicaba un margen negativo superior a 6 millones de euros.

Incluso si se tuviera en cuenta únicamente el escenario de 3 años que defiende NOKIA, y se aceptara la revisión de los costes minoristas planteada, el informe pericial ignora que KAPSCH tenía en cualquier caso que afrontar la renovación de 447 BTS sin coste para ADIF que hubiera supuesto un importante coste de renovación para KAPSCH que igualmente supondría un margen negativo de 1.567.595,80 euros.

Por otra parte, NOKIA reprocha a la CNMC no haber acreditado ni fundamentado los efectos de exclusión de la conducta imputada. No es cierta esa afirmación porque en la resolución se efectúa un exhaustivo análisis de esta cuestión. A este respecto, el regulador destaca la abundante jurisprudencia nacional y europea según la cual la valoración de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE no requiere la demostración empírica de que la práctica llevada a cabo por la empresa en cuestión ha causado un efecto real en el mercado, sino que basta con demostrar que ese efecto es posible como es el caso cuando la renuncia de KAPSCH al Concurso se refieren precisamente a la actuación de NOKIA y, en particular, a la ausencia de carta de compromiso y a los precios contenidos en la oferta económica presentada por NOKIA, por lo que considera evidente que la actuación de ésta última tuvo una clara incidencia en la decisión de KAPSCH de no acudir al contrato.

**DECIMOPRIMERO.** Finalizamos rechazando la alegación de falta de motivación, así como la alegación de vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa.

La CNMC recoge en su resolución que la infracción imputada es una infracción muy grave cuya sanción de multa puede ser de hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa en el año anterior al de la resolución sancionadora que se dicte. En este caso una vez que se ha acreditado la comisión de la conducta infractora calificada como infracción muy grave tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo debía imponerse a la entidad recurrente una sanción de multa y difícilmente se puede apreciar en el caso analizado que falta motivación y que se vulnera el principio de proporcionalidad cuando se ha aplicado el tipo sancionador en su grado mínimo, como es el 1%, y sobre el volumen de negocios del año 2016 como así exige el artículo 63 de la LDC.

**DECIMOSEGUNDO.** En consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo y se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **47/2018**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira que actúa en nombre y en representación de la mercantil **NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 8 de junio de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente S/DC/0557/15, NOKIA. Resolución que ahora confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.