

RESOLUCIÓN (Expediente R 720/07, AXIÓN/ABERTIS; y Acumulados R 721/07; y R 723/07)

CONSEJO

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente

D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Consejero

D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero

D. Julio Costas Comesaña, Consejero

D^a María Jesús González López, Consejera

D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 6 de noviembre de 2007

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, el Consejo) con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 720/07 AXION/ABERTIS y acumulados R721/07; y R 723/07 (2.644/05 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio o SDC) incoado para resolver los recursos interpuestos por Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (en adelante "AXIÓN"), SOGECABLE, S.A. (en adelante, "SOGECABLE"), y GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (en adelante "TELECINCO"), contra el Acuerdo de sobreseimiento de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 5 de marzo de 2007, que tuvo su origen en la denuncia presentada por AXIÓN el 18 de octubre de 2005, contra ABERTIS TELECOM, S.A.U. (en adelante ABERTIS), por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE. del 18) de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y por el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE o el Tratado), consistentes en la realización de prácticas abusivas con objeto de impedir la entrada del denunciante en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1 El 18 de octubre de 2005 se recibe en el Servicio escrito de D^a. M. P. C. L., en nombre y representación de Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. por el que se formula denuncia contra ABERTIS TELECOM S.A.U., por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de

17 de julio (BOE. del 18) de Defensa de la Competencia y por el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea. En concreto AXIÓN considera que ABERTIS está llevando a cabo conductas dirigidas a cerrar el mercado español de servicios de transporte y difusión de la señal de Televisión Digital Terrestre (en adelante TDT) mediante la realización de eventuales prácticas abusivas (folio 11 expediente del SDC) consistentes en:

- Empaquetamiento o vinculación de varios servicios
- Maniobras dilatorias
- Descuentos de fidelización, y
- Precios no equitativos o predatorios.

2 El Servicio practicó una información reservada de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.3 de la LDC en el marco de la cual, el 6 de febrero de 2006, requirió a AXIÓN determinada información relativa a las empresas a las que había ofrecido prestar el servicio de transporte de la señal audiovisual y los motivos, en su caso, por los que no había llegado a firmar contratos así como si había firmado algún contrato con ABERTIS para tener acceso a su red.

3 Con fecha 27 de febrero de 2006 la Directora General de Defensa de la Competencia, acuerda la incoación de expediente sancionador contra ABERTIS por prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por los artículos 6 de la LDC y 82 del TUE.

4 El Servicio describe así a las partes implicadas en el procedimiento:

- *ABERTIS es el primer grupo europeo de infraestructuras de transporte y comunicaciones y líder de gestión infraestructuras en España. 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 en los sectores de autopistas, infraestructuras de telecomunicación, aeropuertos, aparcamientos y desarrollo de plataformas logísticas. ABERTIS TELECOM, filial al 100% de ABERTIS es una compañía integrada por sus filiales al 100% RETEVISIÓN I, S.A. y Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, S.A. (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 portador del soporte de la señal audiovisual.

- *AXIÓN es una sociedad dedicada a la difusión de señales audiovisuales y a la explotación de servicios de telecomunicaciones, que nace de la fusión, en 2005, de Red de Banda Ancha de Andalucía, empresa concebida para la difusión de las señales de la radio y televisión 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 Televisión 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 francesa, en un 24%, el grupo AXA a través de AXA Private Equity en un 18% y Charterhouse Capital Partners en un 14%.*

 - *SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3 Televisión S.A. (ANTENA 3), NET Televisión, S.A. (NET), y VEO Televisión, S.A. (VEO) son operadores privados habilitados por el Plan Técnico de la televisión digital aprobado por el RD 944/2005 de 29/7/2005 para la explotación del servicio público de televisión digital de ámbito nacional, actuales clientes de ABERTIS y potenciales clientes de AXIÓN. Los tres primeros operadores emiten la señal digital y analógica, esta última hasta el 3 de abril de 2010, fecha determinada reglamentariamente para el fin de las emisiones por este sistema. VEO y NET iniciaron ya su actividad emitiendo exclusivamente la señal digital.*
- 5 Sobre la base del artículo 45 1 a) de la LDC, con fecha 18 de julio de 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia propone de oficio al entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante el Tribunal o TDC) la adopción de la medida cautelar de suspender la aplicación de las penalizaciones previstas, en caso de resolución anticipada, en los contratos vigentes entre RETEVISIÓN I (la filial de ABERTIS que firma los contratos) y SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, NET y VEO.
- 6 Por Resolución de 2 de octubre de 2006 el TDC deniega las medidas cautelares solicitadas por el SDC de eliminar las penalizaciones previstas en los contratos para caso de resolución anticipada de los mismos porque considera que una medida de ese tipo es desproporcionada para el efecto

que se persigue y tendría los efectos irreversibles de una resolución sobre el fondo de la cuestión suscitada en el expediente. El Tribunal entiende que la medida propuesta va más allá de lo que corresponde a una medida cautelar cuando dice que *“..la medida cautelar así planteada se le otorga una operatividad inmediata que tiene como resultado la modificación del mercado, una vez resueltos los contratos de constante referencia, de tal manera que al tiempo que se reconoce a esta medida autonomía en el sentido indicado se la priva del carácter cautelar con el que formalmente se ha propuesto, de asegurar la eficacia de la resolución que recaiga en el procedimiento principal, con quiebra de la nota de instrumentalidad prevista en el artículo 45.1 de la LDC”*.

7 El 16 de enero de 2007 el Servicio formula el pliego de concreción de hechos cuya conclusión se reproduce literalmente a continuación:

(1) Ha quedado acreditado que la actuación de ABERTIS constituye un abuso de posición de dominio de los incluidos en el art. 6 de la LDC y 82 del TUE, consistente en exigir, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes en el caso de rescisión anticipada de los contratos, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores.

(2) Ha quedado acreditado que la actuación de ABERTIS constituye un abuso de posición de dominio de los incluidos en el art. 6 de la LDC y 82 del TUE, consistente en 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.

(3) Ha quedado acreditado que la actuación de ABERTIS constituye un abuso de posición de dominio de los incluidos en el art. 6 de la LDC y 82 del TUE, consistente en ofrecer, 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.”

8 Con posterioridad a la formulación del pliego de concreción de hechos el Servicio recibe el informe de la CMT que había solicitado y conoce que AXIÓN ha firmado contratos para la prestación del servicio de difusión digital. El Servicio describe estos hechos del siguiente modo:

a) Informe de la CMT

El 29 enero de 2007, tiene entrada en el Servicio el informe de la CMT solicitado el 4 de diciembre de 2006, por el Director General de Defensa de la Competencia, sobre el importe 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.

La respuesta de la CMT respalda los principios invocados por ABERTIS para justificar las penalizaciones por rescisión anticipada y los descuentos por 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.”

b) Firma de contratos por AXIÓN

“El 29 de enero de 2007, a raíz de noticias aparecidas en la prensa económica en los días precedentes, en las que se da cuenta de la firma de un contrato entre AXIÓN y TELECINCO para la ampliación de la cobertura de la señal digital de televisión (del 80 al 85% de la población) y se anuncia que, el año próximo, AXIÓN asumirá enteramente el transporte y difusión de la señal digital de TELECINCO se solicita a AXIÓN:

1) Respecto a las noticias aparecidas en prensa:

a) Confirmación o desmentido de dicha información.

b) Copia de los acuerdos que, en su caso, haya suscrito con TELECINCO.

2) Estado actual de las negociaciones que se estén llevando a cabo con otras cadenas de televisión para el transporte y difusión de la señal digital.

3) Si a la vista, en su caso, de la firma de un acuerdo con TELECINCO, mantiene la imputación a ABERTIS TELECOM de haber realizado una oferta de ampliación de servicios a sus clientes (entre ellos a TELECINCO) con precios predatorios, contenida en sus alegaciones de 20 de diciembre de 2006”.

- 9 Con fecha 5 de febrero AXIÓN remite al Servicio la información solicitada, sobre los contratos firmados con SOGECABLE y TELECINCO, que pide se mantenga confidencial.
- 10 El 5 de marzo de 2007 el Director de Servicio acuerda el sobreseimiento del procedimiento en los siguientes términos:

“La inexistencia de efectos, clave en la apreciación de los abusos excluyentes de posición de dominio, sobrevenida por la entrada de AXIÓN en el mercado, la presunción de inocencia que ampara la justificación objetiva de su conducta esgrimida por ABERTIS, el hecho de que las conductas no puedan ser calificadas per se como abusivas y la posibilidad, incluso, de que las penalizaciones por rescisión anticipada sean pro-competitivas, en relación con la aplicación, por defecto, del Código Civil, llevan a la conclusión de que las prácticas denunciadas en este expediente no han resultado acreditadas.”

En su virtud

ACUERDO el sobreseimiento del expediente nº 2644/05, que tuvo su origen en la denuncia formulada D^a. M.P.C.L., en nombre y representación de Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (AXIÓN) contra ABERTIS TELECOM, S.A.U. (ABERTIS), por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE. del 18) de Defensa de la Competencia y por el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, consistentes en la realización de prácticas abusivas con objeto de impedir la entrada del denunciante en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual.”

- 11 En el momento del sobreseimiento existe un segundo expediente abierto en el Servicio por denuncia de AXIÓN de prácticas predatorias de ABERTIS en *“la ampliación progresiva de la cobertura sin incremento en el precio respecto a los servicios que actualmente presta ABERTIS a las Televisiones”*.
- 12 En el mes de marzo, los días 18, 20 y 21, tienen entrada en el Tribunal los recursos presentados por AXIÓN, SOGECABLE y TELECINCO, respectivamente, contra el acuerdo de sobreseimiento del Servicio de 5 de marzo de 2007.

- 13 Los informes preceptivos del Servicio en relación con los recursos tuvieron entrada en el TDC los días 23, 26 y 27 de marzo de 2007. El SDC en su informe manifiesta que los mismos han sido presentados en tiempo y que los recurrentes tienen acreditada representación que obra en el expediente. Finalmente manifiesta que las alegaciones no desvirtúan las razones del acuerdo y pide se desestimen.
- 14 Por Providencia de 30 de marzo de 2007 el Tribunal procede a acumular al recurso R 720 los recursos R 721 y R 723 “*dada la identidad sustancial e íntima conexión entre los mismos*” y pone de manifiesto el expediente a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen pertinentes.
- 15 AXION, TELECINCO y ABERTIS toman vista del expediente.
- 16 El 24 de abril de 2007 ABERTIS solicita ampliación de plazo que se le concede por la mitad del anterior plazo, ocho días hábiles.
- 17 VEO TV, TELECINCO, AXIÓN, SOGECABLE y ABERTIS remiten alegaciones que tiene fecha de entrada en el Tribunal los días 18 y 24 de abril y 3, 7 y 10 de mayo respectivamente.
- 18 El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) deliberó y resolvió sobre este expediente en su reunión de 30 de octubre de 2007.
- 19 Son interesado en este expediente:
- ABERTIS TELECOM, S.A.U. (ABERTIS),
 - Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (“AXIÓN”),
 - SOGECABLE, S.A.
 - GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (“TELECINCO”),
 - ANTENA 3 Televisión, S.A. (ANTENA 3),
 - NET Televisión, S.A.(NET) y
 - VEO Televisión, S.A. (VEO)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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 (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición transitoria primera de la Ley, en su número 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.- Constituye el objeto de los recursos presentados por AXIÓN, SOGECABLE y TELECINCO la revocación del auto de sobreseimiento del Servicio de fecha 5 de junio de 2007, en el expediente 2644/05 AXIÓN/ABERTIS.

Los recursos presentados cumplen los requisitos del artículo 47 de la LDC para ser admitidos a trámite. Los recurrentes discrepan de las conclusiones que llevan al Servicio a acordar el sobreseimiento y consideran insuficiente la justificación del mismo. AXIÓN solicita que se devuelva el expediente al Servicio (Dirección de Investigación tras la Ley 15/2007) para que se instruya debidamente. TELECINCO solicita, que el Tribunal (ahora Consejo) se pronuncie sobre el carácter anticompetitivo del comportamiento de ABERTIS sobre la base de los motivos que constan en el expediente del Servicio y en su recurso y, subsidiariamente, que se devuelva al Servicio para proseguir la instrucción.

Tercero.- Se recogen a continuación los motivos alegados por los recurrentes para solicitar la revocación del sobreseimiento.

A.- AXIÓN

Alega AXIÓN que la justificación del Servicio para el sobreseimiento es incorrecta y contraria al ordenamiento jurídico con los siguientes razonamientos para cada una de las conductas imputadas en el PCH:

1 Las Cláusulas de penalización por resolución anticipada y la justificación objetiva de las mismas.- Considera AXIÓN que las cláusulas de penalización por resolución anticipada impuestas por ABERTIS no tienen una justificación objetiva como el propio SDC dice en el PCH. Y rebate las razones, basadas en los hechos posteriores al pliego, que argumenta el Servicio para el sobreseimiento.

a) Por lo que se refiere a los contratos dice que *“la hipotética entrada de AXIÓN en el mercado es irrelevante a efectos de apreciar la abusividad de la conducta”,* y añade, *“aunque no se impidiese la entrada de AXIÓN en el mercado, ABERTIS consigue mediante las no justificadas penalizaciones por terminación anticipada, aumentar los costes de cualquier competidor real o potencial que pretenda entrar en el mercado (que tendrá que asumir las penalizaciones o compensar de otra forma al cliente) y reducir la demanda de los productos de un competidor por la vía de disuadir a los clientes con una fuerte penalización”.*

b) Respecto al informe de la CMT dice que *“tampoco puede servir para justificar el carácter pretendidamente objetivo de las penalizaciones”* ni *“puede ser invocado por el SDC como un hecho posterior al Pliego que desvirtúe las conclusiones allí alcanzadas”* sino que viene a reforzar los indicios acerca de la falta de justificación de las penalizaciones. No discute AXIÓN que las penalizaciones anticipadas no sean anticompetitivas “per se”, pero argumenta que *“no todas las inversiones pueden justificar una penalización por terminación anticipada, y que la CMT no ha entrado a valorar la proporcionalidad”* y que el Servicio da por válida la justificación de ABERTIS *sin mayor comprobación a pesar de todos los indicios existentes.*

c) También rebate AXIÓN la afirmación del Servicio de que las penalizaciones no son impuestas sino negociadas, basándose en que en la propuesta inicial de ABERTIS eran más elevadas. AXIÓN argumenta que, *“el simple hecho de que la cuantía de la penalización haya sido reducida respecto de la inicialmente solicitada por ABERTIS no acredita la libertad de negociación de la cláusula entre un cliente y el único proveedor capaz de darle el servicio en el momento en que se firma el contrato ni, mucho menos, la justificación objetiva de la cuantía de la penalización que, en el caso que nos ocupa, es el único elemento que podría exonerar a ABERTIS de la imputación de abuso de posición dominante”* y se remite a las alegaciones de SOGECABLE a la propuesta de sobreseimiento.

d) Por último alega AXIÓN que no queda justificado que la penalización tenga un efecto pro-competitivo.

2 Los Contratos de plazo superior a 10 años y el descuento vinculado a dicha duración como infracción de los artículos 6 de la LDC y 81 del TCE.- Alega AXIÓN que a diferencia del contenido del PCH en que el Servicio consideraba que *“la duración injustificadamente larga del contrato de prestación de servicios a cambio de un descuento, puede ser anticompetitiva y tener el efecto de sustraer a este cliente a la posible acción comercial de los competidores”* posteriormente, el Servicio no ha realizado esfuerzo alguno para ver si el descuento vinculado a la mayor duración del contrato es abusivo o no.

3 La conducta de ABERTIS relativa al ofrecimiento de descuentos por contratación como infracción de los artículos 6 LDC y 82 TCE.- Alega AXIÓN que *“..el Acuerdo de sobreseimiento no justifica el descuento sobre la base de ese hipotético ahorro de costes sino que únicamente lo legitima con la indicación de que «los descuentos están genéricamente justificados» y de que «el obstáculo que, en su día, supusiera su cuantía para el acceso al mercado una forma técnicamente más imperfecta tienen que pasar a valorarse como irrelevantes, una vez verificado el acuerdo de AXIÓN con los operadores para la difusión a escala nacional».*

Según AXIÓN el Pliego consideró abusiva la práctica de ABERTIS de ofrecer a sus clientes descuentos por la contratación conjunta de sus servicios en todo el territorio nacional porque de esta forma, ABERTIS se aseguraba que sus clientes no contratarían el servicio por placas regionales (contratando el servicio en unas regiones a ABERTIS y en otras a operadores alternativos).

El Acuerdo de sobreseimiento que aquí se recurre considera irrelevante esta práctica por la vocación de AXIÓN de convertirse en un operador de difusión a escala nacional. Considera AXION que el SDC no ha valorado completamente la trascendencia excluyente del descuento por contratación conjunta.

En realidad, dice AXION, el efecto anticompetitivo de ese descuento no se limita a un mercado regional sino que impide también la creación de un consorcio de operadores regionales que ataquen el mercado nacional sobre la base de ir desarrollando una red nacional a partir de obtener un cliente al que dar un servicio parcial con esas redes regionales.

Refiriéndose a las economías de la contratación global del servicio para todo el territorio nacional en lugar de contratación de dicho servicio por placas regionales que el SDC cita del informe de la CMT, AXION argumenta que la CMT lo que ha establecido simplemente es que “no puede pronunciarse 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”. Y que, cuando hay un verdadero ahorro de costes, cabe legitimar el descuento siempre que vaya en relación con ese ahorro. Sin embargo considera que en el expediente no se ha acreditado dicha justificación y que no puede trasladarse a AXIÓN, por la vía de legitimar la conducta de ABERTIS, la falta de rigor probatorio en este expediente.

B.- SOGECABLE

SOGECABLE en sus alegaciones solicita el tratamiento confidencial de las mismas, no obstante el Consejo, al considerar que no contienen datos o información que tengan tal condición y que constituyen además la motivación de uno de los recursos acumulados, no los ha incorporado a la pieza separada de documentación confidencial.

Como cuestión previa SOGECABLE manifiesta su sorpresa por el cambio de criterio de la Dirección General de Defensa de la Competencia en la calificación de las conductas llevadas a cabo por ABERTIS al acordar, en el último momento, el sobreseimiento de un expediente en el que existían numerosos indicios para apreciar un abuso de posición de dominio. Considera que los dos hechos posteriores al 16 de enero de 2007, fecha del Pliego de concreción de hechos, el informe de la CMT de 4 de diciembre de 2006 y los acuerdos de AXIÓN con TELECINCO y SOGECABLE, cuya eficacia, dice, está sujeta a condiciones, no varían los argumentos aportados anteriormente en el expediente, que habían llevado a la Dirección General de Defensa de la Competencia a concluir que las actuaciones de ABERTIS constituían un abuso de posición dominante ni justifican, estos dos hechos, el sobreseimiento del expediente.

Alega que las condiciones del contrato, duración y penalizaciones por rescisión anticipada, fueron impuestas de forma unilateral por el operador dominante, a sabiendas de que SOGECABLE tendría que aceptar cualesquiera condiciones, ante la falta de alternativa real para obtener el servicio. Afirma que frente a lo que se recoge en el expediente, SOGECABLE no solicitó la inclusión de las cláusulas de rescisión anticipada ni tuvo

posibilidad de negociar libremente con ABERTIS la cuantía de las mismas. Argumenta que las diferentes condiciones económicas entre operadores sólo demuestran la imposición por parte del operador dominante y no están justificadas por las inversiones necesarias sino que buscan el cierre del mercado y obstaculizar la entrada de AXIÓN en el mismo.

Dice SOGECABLE que de haber tenido oportunidad de negociar el contrato no hubiera firmado por un plazo tan largo sino que lo habría hecho por un plazo menor y por periodos renovables lo que haría innecesaria las cláusulas de rescisión o la aplicación del artículo 1124 del Código Civil. Pero, añade, SOGECABLE necesita que se difunda su señal digital y se vio obligada a firmar con ABERTIS. Una prueba más es que las penalizaciones sólo se han incluido en los contratos para la difusión por señal digital y no en los contratos de señal analógica.

Finalmente insiste en la falta de justificación de la cuantía de las penalizaciones puesto que el Servicio no ha analizado este extremo, tal como apuntaba la CMT en su informe, y ha admitido sin más las alegaciones de ABERTIS sin exigirle ninguna prueba sobre las inversiones realizadas. Solicita se deje sin efecto el sobreseimiento y se proceda a acreditar la justificación objetiva de las penalizaciones.

C.- TELECINCO

TELECINCO, que mantiene sus alegaciones de 2 de marzo de 2007 a la propuesta de sobreseimiento, alega falta de instrucción y de motivación insuficiente para el cambio de criterio desde el PCH hasta el sobreseimiento.

En opinión de TELECINCO ninguno de los elementos posteriores justifican el cambio de criterio respecto al carácter abusivo de las conductas de ABERTIS y la motivación es insuficiente. Considera que el Servicio no investiga ni comprueba las alegaciones de ABERTIS de 8 de febrero al PCH.

1. Falta de instrucción necesaria y motivación suficiente

TELECINCO se remite al artículo 37 de la LDC para argumentar que el Servicio no ha realizado la instrucción e investigación necesaria ni ha motivado de forma suficiente las siguientes cuestiones:

- *las razones alegadas (informe CMT, acuerdo de AXIÓN con determinadas televisiones y alegaciones de ABERTIS) para cambiar de criterio respecto del Pliego de concreción de hechos; dichas razones no son en sí mismas, suficientes para justificar que las conductas denunciadas no sean anticompetitivas;*
- *el Servicio no analiza si la justificación objetiva que teóricamente cabe (amortización de las inversiones) se produce de hecho en el caso concreto es decir, no se analiza la cuantía y oportunidad de la lista de inversiones que alega ABERTIS sino que se presume que estas inversiones son ciertas y que por ello justifican la cuantía de la penalización por resolución anticipada;*
- *porqué el contrato con AXIÓN elimina sin más el posible efecto abusivo de la conducta de ABERTIS.*

2. Sobre la cláusula de penalización por resolución anticipada

TELECINCO no comparte la interpretación del Servicio de que la cláusula de penalización por rescisión es “pro-competitiva” porque no ha habido libertad en la negociación de la duración del contrato y esa cláusula era la única opción *para no quedar cautivo del contrato de ABERTIS durante un período de tiempo en el que habría que implementar la TDT y en el que empezaba a vislumbrarse la posibilidad de contratar con operadores alternativos a nivel nacional.* Considera que lo verdaderamente competitivo hubieran sido contratos más cortos y prorrogables.

En cuanto a la justificación de la cláusula alega que opera no solo para las inversiones por encima del 80% sino para la propia cobertura del 80 y que el Servicio no ha tenido en cuenta que parte de las inversiones probablemente estén amortizadas y, añade, que en caso de cambio de proveedor el nuevo operador podría quedarse con las inversiones.

Añade que la cláusula produce que ABERTIS haga un empaquetamiento de los servicios TDT por niveles de cobertura: *“el contrato con ABERTIS vincula indirectamente a través de la aplicabilidad de la cláusula de penalización, la prestación del servicio de cobertura del 80% (de ahí el empaquetamiento) con la suscripción (y mantenimiento) de un acuerdo para aquellos períodos en los que la cobertura ha de ser superior al 80% sin que además el precio para*

esas coberturas superiores esté fijado (lo que a su vez podría dar lugar a posibles abusos en la fijación del mismo).

Refuta el argumento del Servicio de que “lo que no ha quedado acreditado en el expediente es que la cuantía de las penalizaciones sea abusiva, puesto que no ha impedido que, asumiéndolas, un competidor de ABERTIS haya sido capaz de ofrecer a TELECINCO condiciones más atractivas” y dice que *“el Servicio, al, realizar esta afirmación, desconoce el verdadero alcance de la oferta de AXIÓN y del contrato suscrito con este operador”* y que la existencia del contrato en si mismo *impediría que se pueda acreditar el carácter abusivo de la penalización establecida por ABERTIS si resultara probada su desproporcionalidad tras el correspondiente análisis de las inversiones/penalizaciones establecidas.*

3. Sobre los efectos del comportamiento de ABERTIS en el mercado

Considera que la doctrina para considerar abuso de exclusión no exige *“abuso de resultado” sino solo el “abuso de conducta”*, no exige un cierre total del mercado sino que es suficiente una obstaculización suficientemente importante de la entrada del nuevo operador y se remite a precedentes del TDC (Resolución TDC en el expediente 413/97 Airtel/Telefónica) y del TPI (Compagnie Maritime Beige de Transportes/Comisión, T-24, T-25, T-26, y T-28/93).

Finalmente alega que el Servicio no conoce ni ha investigado las condiciones del contrato AXIÓN/TELECINCO.

Cuarto.- Siguiendo las alegaciones de los recurrentes recogidas en el punto anterior, la primera cuestión a dilucidar en la resolución de este expediente es si el cambio de valoración por el Servicio de las conductas que se produce desde el Pliego de Concreción de Hechos de 16 de enero de 2006, al acuerdo de sobreseimiento, el 5 de marzo de 2006, y que reposa en los hechos de los que el Servicio tuvo conocimiento con posterioridad al PCH, está debidamente motivado en el Acuerdo de Sobreseimiento.

Y para ello es necesario tener en cuenta la existencia de los siguientes hechos acreditados en el expediente y no refutados por ninguna de las partes:

- 1) El mercado relevante definido por el Servicio como el mercado mayorista de ámbito nacional *de servicios soporte para el transporte a través de*

cualquier medio de transmisión y la difusión terrestre de la señal de radio y de la televisión utilizando tecnología tanto analógica como digital.

- 2) La posición de dominio de ABERTIS en el mismo. En el Acuerdo de sobreseimiento consta la siguiente información de la CMT sobre las cuotas de mercado de los distintos operadores en el periodo 2002/2004 en el que se aprecia la estabilidad en la posición de dominio de ABERTIS.

Cuotas de mercado. Según la CMT las cuotas de mercado de los distintos operadores son las siguientes:

OPERADORESS	2002		2003		2004	
	Clientes	Ingresos	Clientes	Ingresos	Clientes	Ingresos
Grupo Abertis	0,00%	0,00%	87,00%	92,58%	86,89%	91,48%
Retevisión I	68,15%	89,24%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
Tradia	22,95%	4,24%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
AXIÓN	2,05%	5,43%	2,48%	6,07%	2,56%	6,30%
Otros	0,34%	0,94%	0,31%	1,05%	0,57%	1,81%
Net Radio						
Medialatina	6,51%	0,14%	10,22%	0,30%	9,97%	0,41%
TOTAL	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

- 3) Que ABERTIS ha llevado a cabo las conductas imputadas en el PCH, a saber: a) penalización por resolución de contrato, y b) descuentos por plazos muy largos de contrato y por oferta global o contratación del conjunto de placas.

El SDC justifica su cambio de apreciación de los hechos fundamentalmente en la existencia de los contratos firmados por AXIÓN con TELECINCO y SOGECABLE, que dice, no permiten acreditar efectos ni cierre del mercado.

Por tanto una cuestión previa a resolver es cómo afecta a la apreciación de los hechos la firma de los contratos por AXIÓN que se produce tras el PCH, y si la misma impide toda posibilidad de calificar como abusivas las conductas que previamente habían sido consideradas como tales.

Quinto.- Para ello vamos a analizar en primer lugar las consideraciones del Servicio sobre el estándar exigible de cierre de mercado para calificar una conducta como de abuso de exclusión.

El Servicio justifica el cambio del PCH al Acuerdo de marzo en la inexistencia de efectos. Así se recoge como Conclusión en el Acuerdo de sobreseimiento (folio 4.441):

“La inexistencia de efectos, clave en la apreciación de los abusos excluyentes de posición de dominio, sobrevenida por la entrada de AXIÓN en el mercado, la presunción de inocencia que ampara la justificación objetiva de su conducta esgrimida por ABERTIS, el hecho de que las conductas no puedan ser calificadas per se como abusivas y la posibilidad, incluso, de que las penalizaciones por rescisión anticipada sean pro-competitivas, en relación con la aplicación, por defecto, del Código Civil, llevan a la conclusión de que las prácticas denunciadas en este expediente no han resultado acreditadas.”

Basa por tanto el Servicio el cambio de valoración de los hechos y el sobreseimiento en que no existen efectos, puesto que AXIÓN ha firmado contratos con TELECINCO y con SOGECABLE.

Previamente, tras un análisis de los hechos posteriores al PCH, había concluido en la propuesta de sobreseimiento (folio 4434) lo siguiente:

“El método en la instrucción del expediente, enunciado en el apartado 4º del PCH, fue el de observar si la conducta de ABERTIS erigía una barrera difícilmente salvable para la entrada de nuevos competidores y, en caso afirmativo, si existía suficiente justificación objetiva para la misma.

Teniendo en cuenta que, en la aplicación del art. 82 TUE la valoración de los efectos que las conductas tengan en el mercado adquiere una especial relevancia, la entrada de AXIÓN, se convierte en principal fundamento de la propuesta de sobreseimiento, ya que no se ha producido el pretendido efecto de impedir la entrada de un competidor en el mercado. En un mercado con número muy limitado de clientes potenciales, esta constatación se produce al haber podido AXIÓN firmar un contrato con dos de ellos para prestarles enteramente el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual digital.

Las prácticas imputadas, que no han impedido la entrada en el mercado de un competidor, pueden, además, cada una de ellas justificarse objetivamente por las inversiones que conlleva la prestación del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual digital o por las economías que

permite la prestación del servicio a todo el territorio nacional en vez de hacerse por placas regionales. Añádase que el pacto sobre la rescisión unilateral anticipada puede interpretarse en un sentido pro competitivo.

El principio de presunción de inocencia debe aplicarse con estricto rigor en los expedientes sancionadores. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, resulta que existe, para las prácticas observadas, una explicación distinta de la de una conducta abusiva. Hemos encontrado que, en primer lugar, la CMT opina que, al menos genéricamente, hay justificación objetiva para ellas; en segundo lugar, se ha visto que la interpretación de las cláusulas de penalización por rescisión anticipada puede ser pro competitiva y, finalmente, que ABERTIS, para prestar los servicios contratados, realiza una serie de inversiones, que debe amortizar. En esta situación, no puede sostenerse la calificación de dichas prácticas como una conducta abusiva.

ABERTIS goza de una indiscutida posición dominante en el mercado de transporte y difusión de la señal audiovisual pero, según jurisprudencia reiterada, las conductas llevadas a cabo por una empresa con posición de dominio no deben ser reprochadas “per se” y “la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados. Se debe “distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo”, ya que “el ejercicio de este poder puede resultar o no abusivo según un análisis que ha de hacerse caso por caso”.

Ahora bien, analizado el expediente, este Consejo es de la opinión de que la firma de los dos contratos por AXIÓN con TELECINCO y con SOGECABLE no constituye en sí misma motivación suficiente para concluir que no existe abuso y para fundamentar el sobreseimiento.

La firma de los contratos muestra la voluntad de AXIÓN de entrar en el mercado nacional a competir con el único operador nacional, ABERTIS, pero no implica necesariamente que ABERTIS, con su conducta, no haya obstaculizado esa entrada ni que la misma vaya a ser efectiva desde el punto de vista de la competencia en el mercado.

La firma de unos contratos por el operador aspirante a entrar en el mercado, por sí misma, no exime de realizar el análisis de competencia de las

conductas del operador dominante, es decir, de investigar si las conductas llevadas a cabo por ABERTIS tenían como objeto impedir la entrada en el mercado nacional de la difusión terrestre de la señal de televisión digital, del único operador con vocación de prestación nacional, y si tuvieron como efecto dificultar su entrada en el mismo.

Un estándar de prueba que exigiera efectos que supongan un cierre total del mercado o la expulsión total del competidor nos llevaría a la práctica imposibilidad de demostrar la existencia de abusos exclusionarios por parte de los operadores dominantes, restringiendo de forma excesiva el ámbito de aplicación de los artículos 6 de la LDC y 82 del Tratado.

Pero además la doctrina sobre calificación de los abusos de exclusión -tanto la nacional como la comunitaria- no exige la exclusión absoluta del mercado del competidor ni el cierre total del mercado al nuevo entrante, siendo suficiente para calificar una conducta de abusiva que el operador dominante, sin que exista una justificación objetiva para ello, lleve a cabo determinadas conductas con el objeto de expulsar al competidor o de obstaculizar y dificultar la entrada de nuevos operadores en el mercado y que las mismas tengan capacidad para restringir la competencia o que exista una probabilidad importante de que lo consigan.

Este Consejo, entonces Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado en este sentido, entre otras en su Resolución de 26 de febrero de 1999 (expediente 413/97 Airtel/Telefónica) por la que sanciona la conducta llevada a cabo por Telefónica consistente en “*dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de AIRTEL, S.A. mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva.....*” y que en su Fundamento de Derecho 7 argumenta:

“El artículo 6 de la LDC prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o parte del territorio nacional. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria antes citada, TSM y TELEFÓNICA, como empresas dominantes en el mercado de telefonía móvil y en el vecino de la telefonía fija, tenían una especial responsabilidad respecto de los efectos que el conjunto de exclusivas tenían o podían tener en un mercado en el que el nivel de competencia estaba debilitado tanto por su posición dominante en el mismo, como por el hecho de haber sido recientemente abierto a la competencia y estar el segundo operador iniciando sus actividades.”

Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso que se produzca en términos absolutos un "cierre del mercado", como interpretan las imputadas, pues, admitir esta afirmación en términos estrictos, no sólo resultaría contrario a la jurisprudencia comunitaria antes citada, sino que supondría una restricción muy importante en la aplicación del artículo 6 LDC, no prevista expresamente en dicha norma.

Por tanto, el "cierre del mercado" debe interpretarse sin el antedicho carácter absoluto, siendo suficiente para poder apreciar el abuso de posición dominante una obstaculización suficientemente intensa para la entrada en el mismo de un nuevo operador. Especialmente cuando se trata de mercados que, como el considerado en este expediente, presentan en su origen un nivel de competencia muy debilitado”.

Esta Resolución del TDC ha sido confirmada por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 30 de mayo de 2006, Fundamento de derecho octavo, dice respecto a la interpretación de los efectos en los abusos de exclusión, refutando las alegaciones de Telefónica Móviles de España, S.A.:

“...lo sancionado es el intento del operador dominante tendente a frustrar u obstaculizar en los momentos iniciales el despliegue del nuevo entrante...” y completa el argumento a continuación con la siguiente explicación,

“Tampoco obsta a la conclusión referida la circunstancia de que el nuevo operador entrante consiguiera, pese a las dificultades, hacerse finalmente con una determinada cuota de mercado pues, de admitir esta justificación a posteriori de la conducta infractora, sólo las explotaciones abusivas de posición de dominio que hubiesen alcanzado plenamente sus objetivos, incluso con la desaparición del competidor, serían sancionables”.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria, se ha pronunciado reiteradamente en igual sentido sobre la violación del artículo 82. La Sentencia del TPI de 30 de enero de 2007 (T 24/93) en el caso France Telecom recoge en el considerando 196 que “..cuando una empresa en situación de posición dominante aplica efectivamente una práctica que tiene por objeto eliminar a un competidor, la circunstancia de que no se alcanzara el resultado previsto no puede bastar para descartar la calificación de abuso de posición dominante a efectos del artículo 82 del Tratado”.

La Sentencia de 17 de diciembre de 2003 (T-219/99) de British Airways, recoge en su considerando 293 que “..no es necesario demostrar que el abuso considerado tuvo un efecto concreto en los mercados afectados. Basta a este respecto con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia o, que el comportamiento puede tener tal efecto”.

Y en igual sentido acaba de pronunciarse la Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2007, (caso T-201/04) Microsoft, punto 561 y otros.

En resumen, para determinar que se dan los efectos de exclusión no es necesario que los competidores sean expulsados del mercado o que no consigan entrar en el mismo, es suficiente que resulten perjudicados y que vean mermada su capacidad de competir en detrimento de la competencia efectiva y del interés de consumidores y usuarios.

Resultando que la mera firma de los contratos por AXIÓN no demuestra que la conducta no fuera dirigida a cerrar el mercado y que no tuviera como efecto dificultar la entrada a un nuevo competidor y perjudicar sus opciones de entrada y de competir, el Consejo considera que decae la justificación principal del sobreseimiento por carencia de efectos y procede ahora analizar si la segunda argumentación del Servicio de que existe justificación objetiva para la conducta se sostiene, o si como alegan los recurrentes no queda demostrada tal justificación objetiva para todas o para alguna de las conductas imputadas en el PCH

Sexto.- La primera cuestión sobre la “Justificación objetiva” es determinar a quién corresponde la carga de la prueba.

ABERTIS en sus alegaciones al PCH (folio 4.050) y el propio SDC (folio 4.435 y ss) aluden erróneamente al sujeto de la carga de la prueba en el supuesto de la “justificación objetiva”. Y se apoya para ello ABERTIS en el artículo 2 del Reglamento 1/2003, “la carga de la prueba recaerá sobre la parte o autoridad que lo alegue”, pero lo hace de forma incompleta puesto que este artículo añade “la empresa o asociación que alegue el 81.3 del TCE deberá aportar las pruebas de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”. Y éste también es el caso de la alegación de justificación objetiva por parte del operador dominante, pues debe ser quien alega la justificación objetiva el que demuestre que las conductas presuntamente abusivas no tienen como objeto excluir al competidor, y presentar argumentos y evidencias que las

justifiquen. (Ver Sentencia T-201/04 Microsoft, de 17 de septiembre de 2007, punto 688 y otros).

Por tanto, si bien es cierto, y este Consejo no lo niega en absoluto, que la carga probatoria de las circunstancias que constituyen una infracción del artículo 6 de la LDC (82 del TCE) corresponde al órgano de competencia, también es cierto que es la empresa imputada de abuso de posición de dominio, que alega que existe “justificación objetiva” para su conducta, quien debe presentar ante el Servicio los argumentos y evidencias que demuestren que la conducta está justificada objetivamente. Compete al Servicio, caso de mantener la imputación, razonar por qué los argumentos y pruebas presentados por la parte no pueden ser aceptados.

Séptimo.- Procede ahora analizar las pruebas y evidencias que han sido aportadas por ABERTIS en sus alegaciones al PCH (folio 4.045 SDC) para demostrar que todas las conductas imputadas tienen una razón objetiva que las justifica y que las exime de ser consideradas como abusivas: pruebas y evidencias que el Servicio consideró suficientes.

Para ello vamos a analizar la justificación a cada una de las conductas, pero este Consejo 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. Un mercado en el que el operador sujeto de las conductas imputadas detentaba prácticamente un monopolio.

1. Penalización por resolución anticipada.-

ABERTIS argumenta y el Servicio acepta, que la penalización está objetivamente justificada por la necesidad de cubrir la amortización de las inversiones nuevas que debe realizar para cada cliente y que no puede reutilizar en caso de resolución del contrato.

Añade además que:

- La posibilidad de rescindir da mayor flexibilidad para los clientes (TVs) que pueden romper el contrato sin caer en las penalizaciones del CC que son mayores que las previstas en los contratos.

- La entrada de AXIÓN que ha conseguido dos contratos desmiente que sean una barrera.

Apoya ABERTIS su argumento en el informe de la CMT de 18 de enero de 2007, pero en el mismo la CMT no se pronuncia de forma taxativa sobre la justificación objetiva de las penalizaciones impuestas y mucho menos sobre la proporcionalidad de las mismas porque dice que debe hacerse caso a caso y que no tiene los datos económicos, etc. de los contratos.

La CMT (remitiéndose a las Directrices de la COM sobre restricciones verticales punto 116.4 y 119.4) justifica la existencia de penalizaciones “para asegurar el retorno al proveedor de inversiones específicas realizadas para cada cliente”, pero añade que, en contra de lo que dice ABERTIS, “no todas las inversiones serán específicas para cada cliente” y que la penalización dependerá de la inversión que deba realizar para cada radiodifusor y de lo que pueda ser reutilizable. No llega a decir la CMT como hace el SDC que las penalizaciones son pro-competitivas.

ABERTIS aporta en sus alegaciones un total de inversiones globales de los años 2005 a 2007 pero no explica ni justifica cómo se relacionan dichas inversiones con la cuantía de las penalizaciones ni aporta información sobre las inversiones específicas relacionadas con cada cliente, la cuantía de las mismas, el valor residual, la reutilización, etc.

Como todo dato para justificar la cuantía de las penalizaciones las compara con la penalización que la CMT estipuló y que debía pagar AXIÓN como indemnización al finalizar los 9 meses de acceso completo a los servicios de ABERTIS, (Resolución de la CMT, de 1 de diciembre de 2005, en relación con la Resolución por la que se imponía al operador dominante, ABERTIS, la obligación de dar acceso completo a AXIÓN desde octubre de 2005 a julio de 2006).

La utilización de esa cifra como referencia, como bien dice la CMT, no es válida puesto que a AXIÓN se le daba acceso completo mayorista para permitirle entrar en el mercado como proveedor de la señal de difusión y que pudiera, de ese modo, competir con ABERTIS en sus ofertas a las televisiones en todo el territorio. Por el contrario los contratos con cláusulas de penalización aquí analizados son los contratos de ABERTIS con los distintos operadores de televisión para un número de canales limitado. Y cada uno de ellos tiene penalización.

Los operadores afectados (SOGECABLE, TELECINCO y VEO) rebaten las aludidas ventajas de flexibilidad de tales cláusulas que consideran impuestas (no pactadas) e insisten en que no tenían más remedio que aceptar los contratos puesto que ABERTIS era el único oferente en aquel momento. El Servicio considera que las penalizaciones han sido pactadas y negociadas puesto que la propuesta inicial de ABERTIS era muy superior a la que finalmente ha sido recogida en los contratos, lo que permitiría poner en duda que las penalizaciones estén relacionadas y fijadas en proporción a la cobertura de la amortización de las inversiones.

Este Consejo acepta que pueda existir justificación para fijar determinadas penalizaciones por la resolución anticipada de los contratos, tal como señala la CMT. Pero eso no puede llevarnos al extremo de aceptar que los clientes que contratan con un operador de infraestructuras en un momento dado del tiempo deban garantizar la rentabilidad global de las decisiones de inversión del mismo. ABERTIS no ha aportado datos sobre las inversiones específicas relacionadas con cada cliente, ni evidencias que permitan comprobar que existe justificación objetiva para la cuantía de las penalizaciones y proporcionalidad en las mismas. Habría que considerar si la cuantía de las penalizaciones no pretende imponer un coste de cambio tal que supere toda posible ventaja económica que pueda ofrecer el operador alternativo, disuadiendo de este modo a los clientes de realizar el cambio de operador en detrimento de la competencia efectiva.

2. Duración de los contratos y descuento por larga duración.

ABERTIS justifica el descuento aplicado a uno de los operadores de Televisión por la firma de un contrato superior a 10 años en que ese plazo le permite amortizar la inversión y, reitera que la posibilidad de rescisión con un coste conocido, que es el de la penalización, suprime el efecto aseguramiento que le imputaba el Servicio en el PCH.

VEO TV en sus alegaciones en este procedimiento de recurso, en el que solicita sea estimado el mismo, manifiesta que ABERTIS prevariándose de ser el único prestador *“le impone condiciones especialmente gravosas para la terminación contractual y la endereza a que mantenga el contrato hasta el año 2015”*.

Como en el caso anterior ABERTIS no aporta ningún dato que permita comprobar que el largo plazo del contrato con VEO TV está justificado por la

amortización de las inversiones específicas o por las eficiencias que genera, ni que la cuantía del descuento aplicado sea proporcional a éstas. Frente a lo que dice el Servicio este Consejo considera que no queda desvirtuada en el escrito de ABERTIS la imputación del PCH de que el objeto era sustraer a un cliente de la posible competencia de un nuevo operador.

3. Descuentos por contratación nacional: empaquetamiento de placas.

La tercera imputación del PCH, y que consta acreditada en el expediente, se refiere a los descuentos por contratación global, por contratar todas las placas conjuntamente -frente a la contratación por Comunidad Autónoma- con objeto de impedir la entrada de competidores en alguna de ellas. Hay que recordar que AXIÓN tiene implantación en determinadas CC.AA. y que existen otros operadores con redes alternativas a la de ABERTIS en algunas comunidades autónomas (Castilla-La Mancha, Galicia, Navarra, etc.) y por tanto podrían competir solos o de forma conjunta para proveer el servicio a las televisiones de ámbito nacional en alguna de las placas.

ABERTIS alega que para un difusor nacional como es su caso, la oferta dividida por placas regionales le resulta más cara por las sinergias que supone un servicio integral en todo el territorio. Dice que la red nacional, está diseñada para funcionar como una y no como suma de 17.

En este caso aporta algunos de los elementos para los cuales el coste subdividido en placas sería muy superior al coste global. En concreto se refiere a:

- El coste del tipo de distribución es el mismo en 1 que en 17.
- En caso de contratación parcial el coste no se reduce proporcionalmente.
- Los centros de control de red (personal y software) son prácticamente los mismos.
- La gestión (costes generales), etc.

No obstante, sólo explicita los epígrafes de posibles ahorros por la contratación global, pero no presenta ningún dato que avale estas afirmaciones ni que permita comprobar si los costes ahorrados justifican los descuentos, por otra parte bastante elevados.

Este Consejo entiende que hay economías de escala y que por tanto puede existir una justificación para hacer reducciones en el precio si la contratación se hace global frente a la contratación de placas sueltas. Que por tanto, tal como dice el Servicio el descuento no tiene porque ser considerado abusivo “per se” y que no se le puede impedir a un operador, por el solo hecho de ser dominante, realizar descuentos. Ahora bien considerando la situación de ABERTIS, monopolista en el mercado de cobertura nacional, y la especial responsabilidad que le compete como operador dominante, este Consejo entiende que ante descuentos tan elevados como los que realiza ABERTIS y que están acreditados en el expediente, es 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. Más aún cuando, junto a tales descuentos, concurren otras características como las penalizaciones y la duración de los contratos.

De los datos aportados por ABERTIS este Consejo no ha podido deducir que la cuantía de los descuentos esté justificada.

Octavo.- Por último, y dado que el argumento principal del Servicio para proceder al sobreseimiento es la supuesta entrada de AXIÓN en el mercado con la firma de sendos contratos con dos televisiones de ámbito nacional, SOGECABLE y TELECINCO, parece procedente analizar las características de los mismos.

El SDC no analiza la justificación de las penalizaciones y considera que no es abusiva, puesto que no ha impedido que, asumiéndolas, el competidor de ABERTIS haya sido capaz de ofrecer a TELECINCO condiciones más atractivas.

Al margen de lo ya recogido en el punto quinto anterior, que no es necesario el cierre total del mercado para calificar una conducta como abuso de exclusión, este Consejo considera que la estructura y características de este mercado hacen necesario comprobar si los contratos firmados constituyen la

entrada efectiva del nuevo operador en el mercado de ámbito nacional. De no ser así desaparecería la principal justificación del sobreseimiento.

El mercado de la difusión de la señal digital de televisión, tiene unas barreras que, como bien dice el SDC, no son imputables al operador dominante sino a la regulación (Real Decreto 944/2005 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005) y que hacen que hasta la fecha del “apagón analógico”, como la difusión de cada múltiple SFN tiene que hacerse, técnicamente, 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. Esta situación es necesario tenerla en cuenta a la hora de valorar la efectividad de los contratos de AXIÓN.

AXIÓN firmó contratos con SOGECABLE y TELECINCO que sólo pueden ser viables si los compañeros de múltiple lo aceptan. SOGECABLE y TELECINCO comparten múltiple con la Sexta y Veo TV respectivamente y según consta en el expediente (folio 3.813 SDC) la primera ha rechazado contratar con AXIÓN y la segunda, según consta en las alegaciones en el recurso (folio 84 TDC) ve difícil la resolución anticipada de su contrato con ABERTIS.

El Acuerdo de sobreseimiento no tiene en cuenta que, según la información remitida por AXIÓN, el contrato no es, al menos inicialmente, para la cobertura nacional sino que desde 1 de agosto de 2007 cubriría el 5% de la población nacional.

Los contratos controvertidos de ABERTIS se refieren a una cobertura del 80% y deberán ser objeto de ampliación para las distintas coberturas. Eso podría indicar que la firma de los contratos de AXIÓN, al menos en el momento inicial, el 5% de la población nacional no llevara implícita la rescisión del contrato con ABERTIS y que para la cobertura del 80% las cláusulas de los mismos hubieran surtido su efecto como barrera total a nuevos entrantes.

Este Consejo 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 del mercado.

Noveno.- En base a la doctrina y jurisprudencia nacional y comunitaria sobre la prueba para los abusos de exclusión llevados a cabo por un operador dominante, el Consejo de la CNC no puede estar de acuerdo en la interpretación sobre los efectos que aplica la Dirección General de Defensa de la Competencia (ahora Dirección de Investigación) en el expediente 2.644/05 y que le ha llevado a adoptar el Acuerdo de Sobreseimiento de 5 de marzo de 2007.

Además, en base a las consideraciones recogidas en los fundamentos de derecho anteriores, el Consejo entiende que no queda claramente demostrada la justificación objetiva para las conductas realizadas por ABERTIS de imponer una penalización a la rescisión anticipada de los contratos y de realizar descuentos por larga duración y por contratación conjunta, o al menos, que no está justificada la proporcionalidad de las mismas.

Por tanto este Consejo no puede estar de acuerdo con el Sobreseimiento acordado por la Dirección General de Defensa de la Competencia (ahora Dirección de Investigación) y considera que procede continuar la investigación, analizando el alcance que para la competencia efectiva pueden tener los contratos firmados por AXIÓN, y valorando las evidencias presentadas por ABERTIS que justifiquen de forma objetiva las conductas objeto de imputación y la proporcionalidad de las mismas.

Visto todo lo que antecede el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar los recursos presentados por la operadora de señales audiovisuales AXIÓN y las operadoras de televisión SOGECABLE y TELECINCO, contra el acuerdo de sobreseimiento del Servicio de 5 de marzo de 2007, revocando el mismo.

SEGUNDO.- Interesar de la Dirección de Investigación (antes Servicio) la continuación del procedimiento llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para concluir el esclarecimiento de las cuestiones antes expresadas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que ésta no agota la vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, contra la Resolución que en su día se dicte y ponga fin al expediente administrativo.