

## **RESOLUCIÓN (Expte. MC 36/06) AXIÓN-ABERTIS**

### **Pleno**

Excmo.. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente  
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
Dña. M<sup>a</sup>. Jesús González López, Vocal

En Madrid a 2 de octubre de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada y siendo ponente D. Antonio del Cacho Frago, ha dictado la siguiente resolución en el expediente MC 36/06 de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, en el expediente sancionador nº 2244/05 del Servicio, que se instruye por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 18 de octubre de 2005 se recibía en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito de D<sup>a</sup>. M.P.C.L., en nombre y representación de Red de Banda Ancha de Andalucía S.A. (en adelante AXION), por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea (TUE), consistentes en la realización de prácticas abusivas con objeto de impedir al denunciante entrar en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual.
2. Mediante providencia de fecha 27 de febrero de 2006, la Directora General de Defensa de la Competencia acordó la incoación del expediente sancionador contra Abertis Telecom SAU, y se procedió a la investigación de los hechos denunciados durante el período de información reservada.
3. El Servicio entiende que las prácticas objeto de investigación se desarrollan en el mercado de transporte y difusión de la señal audiovisual,

es decir, que se puede tomar como mercado de referencia los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual, definidos por la CNT como “servicios de comunicaciones electrónicas que tienen por objeto el transporte unidireccional de las señales de los servicios de televisión y/o radio desde los centros de producción de las mismas hasta los medios de propagación por los que se difunden a los usuarios finales. Son el conjunto de actividades técnicas necesarias para la puesta a disposición del público de contenidos audiovisuales elaborados”. Desde el punto de vista geográfico, el mercado es nacional al apreciarse unas condiciones de competencia homogéneas tanto desde el lado de la demanda como desde la oferta.

4. El Servicio expone como hechos destacados los que a continuación se relacionan.

4.1. Abertis es una compañía integrada por sus filiales RETEVISIÓN S.A. y Difusión Digital Societat de Telecomunicacions S.A. (Tradia) tras la función acordada. Se trata de una sociedad que cuenta con una red para la prestación del Servicio portador soporte de la señal audiovisual con cobertura nacional.

4.2. AXION es un operador habilitado para prestar el servicio soporte para el transporte y la difusión terrestre de la señal audiovisual desde que obtuvo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones la correspondiente licencia individual C1 de fecha 16 de noviembre de 2000.

4.3. El 30 de julio de 2005 se publicó en el BOE el Real Decreto de 29 de julio, que aprobaba el Plan técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre (Plan de la TDT), que preveía la obligación de las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal de presentar, antes del 1 de octubre de 2005, un plan detallado de actuación, en el que asumieran, entre otros, el compromiso de iniciar emisiones de la programación del primer canal digital adicional antes del 30 de noviembre de 2005. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005, se adjudicó la concesión para la explotación del servicio público de la televisión en régimen de emisión en abierto, como resultado del concurso convocado el 29 de julio de 2005, a la Sociedad Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, así como la ampliación de los canales digitales a los operadores de televisión, y su ubicación en los múltiples disponibles. El mismo plan técnico de la TDT establece en su artículo 6 las fases de cobertura a alcanzar para el servicio de la TDT.

- 4.4. AXION se ha enfrentado, según el Servicio, a un calendario muy estrecho para desplegar una red de ámbito nacional, ya que el Consejo de Ministros de 24 de junio de 2005 anunció el relanzamiento de la TDT, y el 29 de julio de 2005 se promulgó el RD 944/2005 aprobando el Plan Técnico y su calendario de despliegue, con una fecha de inicio de emisiones el 30 de noviembre de 2005 y una cobertura del 80% de la población nacional el 31 de diciembre de 2005.
- 4.5. En el momento de lanzamiento de la TDT, Abertis era el único operador que podría hacer ofertas de red soporte para los servicios de difusión de la TDT a nivel nacional, pues era la única red con cobertura estatal.
- 4.6. En relación con los contratos para la prestación del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual.
- SOGECABLE S.A. firmó, el 1 de febrero de 2001, un contrato con Retevisión para la prestación del servicio portador de distribución y difusión analógica y digital para cada uno de los dos programas de los que era concesionaria. No se contemplaba penalización alguna por rescisión anticipada. Este contrato se sustituyó, en 30 de marzo de 2006, por dos contratos: uno se refiere al servicio portador soporte del servicio de distribución y difusión para los dos nuevos canales digitales que se adjudicaron por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 y para el canal digital que ya tenía, y establece una penalización en caso de resolución anticipada; el otro contrato se refiere al servicio portador soporte del servicio de difusión del canal analógico de televisión de cobertura estatal, sin penalizaciones por resolución anticipada.
  - GESTEVISION TELECINCO S.A.  
  
TELECINCO firmó un contrato con RETEVISIÓN para la prestación del servicio portador de distribución y difusión analógica y digital para cada uno de los dos programas de los que era concesionaria en 1 de febrero de 2001, no estando prevista penalización alguna por rescisión anticipada. Este contrato se sustituyó el 11 de abril de 2006 por dos nuevos contratos: uno se refiere al servicio portador soporte del servicio de distribución y difusión para los dos nuevos canales

digitales que se adjudicaron a TELECINCO por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 y para el canal digital que ya tenía, con establecimiento de penalización en caso de resolución anticipada; el otro contrato se refiere al servicio portador de difusión del canal analógico de televisión de cobertura estatal, para el que no se prevé penalización por resolución anticipada.

- ANTENA 3 TELEVISIÓN S.A.

ANTENA 3 tenía firmado un contrato con RETEVISIÓN para la prestación del servicio portador de distribución y difusión analógica y digital para cada uno de los dos programas de los que era concesionaria a fecha de 1 de febrero de 2001, en el que no se contemplaba penalización alguna por rescisión anticipada. Este contrato se sustituyó por dos nuevos contratos de fecha 11 de abril de 2006: un contrato se refiere al servicio portador soporte del servicio de distribución y difusión para los dos nuevos canales digitales adjudicados a ANTENA 3 por Acuerdo del Consejo de Ministro de 25 de noviembre de 2005, junto con el canal digital que ya tenía, en el que está prevista la resolución unilateral y anticipada previa obligación de pago por ANTENA 3 y una penalización. El otro contrato se refiere al servicio portador soporte del servicio de difusión del canal analógico de televisión de cobertura estatal, por tiempo determinado y sin penalización por resolución anticipada.

- NET TV S.A.

NET TV y RETEVISIÓN firmaron un contrato el 6 de noviembre de 2003 para la prestación del servicio de difusión de un canal digital de televisión adjudicado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000. En el contrato están previstas su duración y la posibilidad de resolución, con el cumplimiento de determinadas condiciones y pago del importe de penalización por NET TV. Esta entidad y RETEVISIÓN, en 24 de enero de 2006, firmaron dos nuevos contratos: uno que sustituye al firmado el 6 de noviembre de 2003 y en él se contrata la prestación del servicio portado del soporte del servicio de difusión de televisión digital de un canal, en este contrato se prevé la posibilidad de resolución anticipada aunque sujeta a penalizaciones con el otro contrato NET TV contrata la prestación del servicio portador soporte

del servicio de difusión de televisión digital para el canal adicional que le fue adjudicado el 25 de noviembre de 2005, en caso de resolución anticipada NET TV deberá abonar a RETEVISIÓN una penalización.

- VEO TEV S.A.

El 22 de diciembre de 2003 VEO TV S.A. y RETEVISIÓN firmaron un contrato para la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión digital para el canal cuya concesión le fue otorgada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000, con derecho de VEO TV S.A. a instar la resolución anticipada mediante abono a RETEVISIÓN de la penalización concertada. Este contrato se sustituyó por otro, en 13 de marzo de 2006, para la prestación del servicio de difusión que incluye, además, los nuevos canales digitales de televisión concedidos o que se pudieran conceder en virtud e la aplicación del Plan Técnico Nacional de la TDT y que se añadirán al canal que ya tenía contratado. Está prevista en este contrato la resolución anticipada con penalización.

4.7. El Servicio constata la inclusión de penalizaciones en los contratos firmados por RETEVISIÓN con SOGECABLE S.A., GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. y ANTENA 3 TELEVISIÓN S.A. durante el año 2006 tras la adjudicación de los nuevos canales digitales y el lanzamiento del Plan de la TDT. Entiende el Servicio que estas penalizaciones suponen una novedad en este tipo de contratos respecto de los precedentes, y que el establecimiento de penalizaciones coincide en el tiempo con el intento de AXION de prestar el Servicio a nivel nacional y con las negociaciones que ésta llevó a cabo con las diferentes televisiones. En cuanto a los contratos firmados por RETEVISIÓN con NET TV y VEO TEV, ya en el año 2003, al contratar el servicio en su modalidad de señal digital se incluyeron penalizaciones en caso de resolución anticipada. No obstante, los contratos en 2003 fueron renegociados en 2006, coincidiendo con la contratación del servicio para los nuevos canales digitales adjudicados y con el intento de AXION de entrar en el mercado a nivel nacional.

4.8. Con mención del art. 45 de la LDC propone de oficio al TDC la adopción de la medida cautelar consistente en no aplicar las penalizaciones previstas en los contratos firmados entre

RETEVISION y las diferentes revisiones en caso de resolución anticipada de los mismos.

En el análisis de los requisitos necesarios para que proceda la adopción de medidas cautelares, entiende el Servicio respecto de la apariencia de buen derecho –“Fumus boni iuris”- basta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que ha de enjuiciar la resolución final, sean ciertas y constituyan infracción es de la LDC, característica que concurren en este expediente porque existen indicios de que la estrategia comercial de ABERTIS a través de su filial RETEVISIÓN podría haber tratado de contrarrestar la entrada de AXION en el mercado de transporte y difusión de la señal de la TDT a nivel nacional, al haber firmado RETEVISIÓN contratos con larga duración y penalizaciones en caso de resolución anticipada, se está produciendo un cierre del mercado para AXION hasta el momento en que se renueven o se firmen nuevos contratos. Estas penalizaciones suponen una barrera a la entrada de AXION en el mercado a nivel nacional.

En cuanto al “periculum in mora” deben ser precisadas las razones por las que se teme que la demora en adoptar la resolución final ponga en peligro su eficacia, así como la idoneidad de las medidas propuestas para evitar aquel peligro, asegurando la operatividad de la resolución final. Afirma el Servicio que en este expediente la demora en la resolución final que, en su caso anulase la barrera a la entrada en el mercado que se impone a AXION a través de las penalizaciones por resolución anticipada previstas en los contratos, reduce las posibilidades de este operador de hacer ofertas competitivas a los difusores de programas y perpetuar la situación monopolística que existe actualmente en el mercado a nivel nacional.

Asimismo, afirma el Servicio que no se aprecia la posibilidad de producir un eventual daño a RETEVISIÓN por el hecho de eliminar las penalizaciones que percibiría en caso de resolución anticipada del contrato, pues cuenta con una red desplegada a nivel nacional y los precios que recibe de sus clientes deberían ser suficientes para amortizar sus gastos de mantenimiento o renovación de instalaciones.

En consecuencia, el Servicio propone al Tribunal de Defensa de la Competencia:

“Que se adopte la medida cautelar que consiste en suspender la aplicación de las penalizaciones previstas en los contratos actualmente vigentes entre RETEVISIÓN y SOGECABLE S.A.; GESTEVISIÓN TELECINCO S.A.; ANTENA 3 TELEVISIÓN S.A.; NET TELEVISIÓN S.A.; y VEO TELEVISIÓN S.A. en caso de resolución anticipada de los mismos.

5. La propuesta de adopción de medidas cautelares, de fecha 18 de julio de 2006, se admitió a trámite por este Tribunal mediante providencia de 28 del mes citado en la que se concedió plazo a los interesados para formular alegaciones sobre la petición del Servicio. En este trámite han comparecido las entidades mercantiles relacionadas en los siguientes apartados.
6. D<sup>a</sup>.M.R.M., en nombre y representación de la Sociedad Mercantil GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (en adelante TELECINCO) alega que las medidas cautelares propuestas se refieren, entre otros, a las cláusulas de penalización por resolución anticipada previstas en el contrato suscrito entre RETEVISIÓN y TELECINCO para la prestación del servicio portador del soporte del servicio de difusión de tres canales digitales de TELECINCO. Hace referencia a la posición dominante que en el mercado de servicios portadores tiene RETEVISIÓN, que deriva de una situación de monopolio de hecho, ante la inexistencia de redes y ofertas competitivas alternativas, circunstancias puestas de relieve con ocasión de la renegociación del contrato de 1 de febrero de 2001 entre las dos entidades citadas que llevaron a suscribir dos nuevos contratos de servicios portadores –analógico y digital- el 11 de abril de 2006. En el curso de estas negociaciones, TELECINCO mantuvo contactos con AXION a fin de contratar sus servicios, aunque no tuvieron resultado positivo porque esta Sociedad retiró su oferta a partir de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de septiembre de 2005, puesto que AXION precisaba utilizar parte de la red de RETEVISIÓN/ABERTIS para alcanzar todo el territorio nacional, y, por lo tanto, quedó condicionado por el precio establecido en dicha resolución por lo que TELECINCO se encontró con RETEVISIÓN como único operador para la previsión de servicios portadores viéndose obligada a contratar a pesar de la falta de referencia objetiva del precio exigido.

La citada representación alega que la cláusula de penalización objeto de la medida cautelar constituye un reforzamiento de la posición de dominio de RETEVISIÓN, tanto porque la imposición de penalizaciones en caso de resolución anticipada hace difícil la obtención de márgenes económicos en el caso de optar por otro proveedor alternativo, como en el contrato de 11 de abril de 2006, si bien RETEVISIÓN declara estar en condiciones de

cumplir con la cobertura del 80% de la población nacional, no se establece a que precio. Además, hace referencia a las obligaciones que deben cumplir los operadores nacionales de televisión analógica en orden a presentar un calendario de implantación de la tecnología digital establecido por el Real Decreto de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable aprobado por el Consejo de Ministros de 28 de julio de 2006, circunstancia que exige a TELECINCO el inicio de negociaciones inminentes para acordar nuevas ampliaciones de cobertura del servicio actualmente contratadas. En definitiva, está conforme con la medida cautelar propuesta por el Servicio.

7. D.E.S.I., en nombre y representación de la Mercantil VEO TELEVISIÓN S.A. alegó que el actual contrato que ha suscrito en RETEVISIÓN S.A., con fecha 13 de marzo de 2006, prevé importantes restricciones y penalizaciones de su representada por su terminación anticipada durante el dilatado período de vigencia contractual, circunstancia gravosa para los operadores de televisión que impone RETEVISIÓN prevaliéndose de ser el único prestador de este tipo de servicios en toda España, infringiendo así el art. 6.2 a) de la LDC por abuso de posición dominante en la imposición de precios u otras condiciones comerciales de servicios no equitativos.

La mencionada representación afirma que es adecuada la propuesta de medidas cautelares, dándose en este caso los requisitos exigidos para configurar este procedimiento especial.

8. D.J.C.A.R. en nombre y representación de SOGECABLE S.A. presenta un escrito de alegaciones que solicita sea declarado confidencial en su totalidad, habida cuenta la tramitación especial y abreviada de este procedimiento, se incorpora el mencionado escrito a la pieza de confidencialidad.
9. D.M.V.F.H., en nombre y representación de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A., alega que las cláusulas contractuales que establecen penalizaciones por resolución anticipada con un amplio período de vigencia implican, por sí mismas, una restricción adicional a la capacidad de decisión del contratante del servicio, reduciendo su capacidad de aprovechar otras oportunidades, todo ello se agrava cuando existe un mercado con una oferta restringida en la que un prestador del servicio actúa de hecho en régimen de monopolio o con una posición dominante. La citada representación afirma que para ANTENA 3 TV la participación en el desarrollo de la televisión digital terrestre (TDT) es un objetivo irrenunciable, que debe ser ejecutado con sujeción a una normativa específica, que incluye plazos imperativos de cobertura, en tiempos

limitados, circunstancias que implican una debilidad en la posición negociadora de ANTENA 3 TV. Estas alegaciones sustentan la petición al Tribunal de adopción de la medida cautelar propuesta por el Servicio.

10. D<sup>a</sup>.M.C.L., en nombre y representación de AXION, alega que se cumplen los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar propuesta por la Dirección General de Defensa de la Competencia, así como que el cierre del mercado derivado de la inclusión de penalizaciones por resolución anticipada por RETEVISIÓN acredita tanto “fumus boni iuris” como el “periculum in mora”, al observarse como se ha producido la imposición por Abertis de las mencionadas cláusulas en el marco del calendario impuesto por la norma vigente para el impulso de la TDT en España que analiza en extensión a partir de la publicación en el BOE, el 30 de julio de 2005, del Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre. Afirma la mencionada representación que las penalizaciones por resolución anticipada, que podrían considerarse lícitas en otro contexto, resulta que en éste no lo son pues tienen como efecto asegurar a Retevisión el suministro exclusivo de la señal de Transporte de TDT para los próximos años, de modo que ninguno de los canales digitales pueda contratar con un operador alternativo. En estas circunstancias el mercado necesita que los potenciales competidores puedan comenzar o prestar servicios desde ahora, algo imposible si se mantienen las penalizaciones impuestas por Retevisión a todos sus clientes para el supuesto de que deseen resolver anticipadamente los contratos que hubieran de firmar y, en consecuencia, si no se adopta la medida cautelar propuesta, el mercado sufrirá un daño irreparable. Por otra parte, la adopción de la medida cautelar no perjudicará al denunciado, como razona el Servicio, que cuenta con una red desplegada a nivel nacional, que está ya amortizada, tampoco tendría pérdidas indemnizables el denunciado por la migración de alguno de sus clientes cautivos a un nuevo entrante en el mercado

11. D. J.M.V.E. en representación de la Mercantil Abertis Telecom S.A. alega, en primer lugar, como hecho nuevo, que esta empresa no tiene libertad para desarrollar su actividad comercial, ya que, según Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006 ha sido declarado oficialmente operador con poder significativo en el mercado “(PSM)” de difusión terrestre de señal audiovisual (tanto analógica como digital) a escala nacional, lo que implica una fuerte regulación de su actividad por la CMT, en concreto la obligación de otorgar acceso a su red de difusión de condiciones transparentes, no discriminatorias y a un precio orientado en función de los costes de producción a cualquier interesado; y también como hecho nuevo, posterior a la denuncia formulada por AXION en octubre de 2005, cita la resolución de 20 de julio de 2006 que otorga a

AXION acceso a la red de Abertis, y en cuya tramitación aquella sociedad mercantil solicitó y obtuvo acceso provisional a la red de Abertis, si bien decidió no ejecutar la medida cautelar interesada. Respecto de la medida cautelar propuesta por el Servicio, afirma que el Acuerdo de 18 de julio último no corresponde a la realidad porque los contratos anteriores con Sogecable, Antena 3 y Telecinco daban lugar a graves consecuencias para éstas en caso de resolución unilateral de forma que la inclusión en los nuevos contratos de las cláusulas penales es beneficioso para AXION que, además, ha tenido tiempo suficiente para desplegar su propia red, ya que el Gobierno en diciembre de 2004 aprobó el denominado Plan de Impulso de la TDT en el que se establece un calendario para modificar el Plan Técnico e iniciar las emisiones para los nuevos programas en digital terrestre de cobertura estatal en otoño de 2005. La citada representación hace constar en primer lugar, que las inversiones de Abertis no han sido amortizadas, habida cuenta que al fijar el precio del servicio se han de tener presente las inversiones que, por ser continuas, se produce una amortización constante, por ello el precio del servicio está vinculado por el período de duración del contrato; y, en segundo término que la negociación de los nuevos contratos se ha realizado en el momento que el ministerio acordó la concesión de nuevas licencias para los canales TDT.

En cuanto a los requisitos que configuran el procedimiento de medidas cautelares, la representación de Abertis entiende que el Acuerdo del Servicio no ha acreditado suficientemente la existencia de “fumus boni iuris”, que no se prueban, ni siquiera de forma indiciaria, la existencia de los abusos alegados por AXION que no hay precedentes estimando que una cláusula penal constituya “per se” “un abuso de posición dominante”, así como que no hay relación entre el contenido de la denuncia y la medida cautelar solicitada, de forma que se vulnera el principio de accesoria.

Por último, se hace referencia al mandato legal del artículo 45.2 LDC que prohíbe aquellas “medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados”, para afirmar que la suspensión cautelar de la cláusula de penalización por resolución anticipada la constituye un perjuicio irreparable para Abertis, porque la red desplegada no está amortizada y su renovación es constante por exigencia del avance de la tecnología digital que obliga a un ritmo de inversiones que supera con creces el de las amortizaciones contables asociadas con los activos que se sustituyen. Solicita denegar las medidas cautelares propuestas en el Acuerdo del Servicio de 18 de julio de 2006.

Esta representación ha solicitado la declaración de confidencialidad de los siguientes documentos: páginas 4 y 12 de su escrito de alegaciones y

Anexo nº 3, habida cuenta la tramitación especial y abreviada de este procedimiento, se incorpora el mencionado escrito a la pieza de confidencialidad.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- En el mencionado Acuerdo de 18 de julio de 2006, la Directora General de Defensa de la Competencia propone al Tribunal la medida cautelar que consiste en suspender la aplicación de las penalizaciones previstas en los contratos actualmente vigentes entre Retevisión y distintas cadenas de televisión, en el caso de resolución anticipada de los contratos vigentes. En éstos, efectivamente, los contratantes han establecido libremente una cláusula de resolución anticipada, que permite al cliente de Retevisión ejercer el derecho a la resolución unilateral y anticipada del contrato siempre que, cumplidos los requisitos temporales convenidos, se abone a Retevisión, además de las correspondientes facturas mensuales, una penalización consistente en un importe convenido en la misma cláusula.

Razona el Servicio, en el referido Acuerdo, que la duración de los contratos vigentes y el importe de las penalizaciones en caso de resolución anticipada suponen una barrera a la entrada de AXIÖN en el mercado a nivel nacional, que produce un cierre del mercado hasta el momento en que se renueven o se firmen nuevos contratos.

Segundo.- La primera cuestión que se plantea en este procedimiento es si la medida propuesta puede estar cubierta por la protección legal del artículo 45 de la LDC –“De las medidas cautelares, clases y procedimiento para acordarlas”- o si, por el contrario, la naturaleza y contenido de la propuesta formulada por el Servicio rebasa los límites legales establecidos en el mencionado precepto. El citado artículo 45 faculta al Servicio para proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia “las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”. El régimen jurídico del procedimiento de medidas cautelares establecido en la LDC comienza con este texto en el que se señalan la naturaleza y función de las medidas cautelares dentro del marco legal de la defensa de la competencia. Destacan en esta redacción dos aspectos que merecen atención preferente, porque constituyen los pilares que apoyan y hacen posible la institución cautelar.

El primero de ellos, que las medidas cautelares sean “necesarias”, es indicativo de que el procedimiento en cuestión es especial y, en consecuencia, con independencia de la frecuencia de solicitudes de medidas cautelares ante el Tribunal, la adopción de éstas es excepcional. En este

sentido, numerosas resoluciones de este Tribunal, entre ellas la de 9 de diciembre de 1992, expediente MC 5/92, Gestevisión Telecinco, en la que se afirma que el procedimiento del artículo 45 “debe ser administrado con sumo cuidado por este órgano y que ha de ser cumplido con exquisita pulcritud por los administrados, atendiendo el espíritu y finalidad de la medida cautelar que se otorgue.

El segundo de los elementos básicos y fundamentales está contenido en la redacción legal transcrita que permite la propuesta por el Servicio de medidas cautelares necesarias “tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”. Queda así destacada la nota de instrumentalidad que tipifica las medidas cautelares cuya finalidad es precisamente hacer posible la efectividad de la resolución que recaiga en el procedimiento principal. La aplicación de este precepto ha mostrado el criterio del Tribunal, entre otras, en la resolución recaída en el expediente MC 22/99, Contenedores Tenerife de que: “el artículo 45.1 de la LDC contempla las medidas cautelares no como meramente tendentes a aumentar la eficacia de la resolución final, sino sólo con carácter restringido, como necesarias para asegurar dicho objetivo”.

Ambos aspectos destacados en los párrafos precedentes informan al sistema normativa de la institución cautelar. Así el artículo 45.5 que atribuye al Servicio la facultad de “proponer al Tribunal de oficio o a instancia parte, en cualquier momento del expediente la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser conocidas al tiempo de su adopción”. En consecuencia, la adopción de medidas cautelares está caracterizada por la nota de provisionalidad porque éstas, en ningún momento, pueden nacer con la vocación de decisiones definitivas. En este sentido se pronunció el Tribunal en el asunto MC 31/00 SIGESA en el que se hace también referencia a la facultad que le corresponde para “modificar” las medidas cautelares, es decir, que en la configuración de este procedimiento especial no solamente concurre la anotada característica de provisionalidad, sino también la nota de variabilidad.

Los dos principios esenciales mencionados tienen presencia en el mandato contenido en el artículo 45.6 de la LDC, que proclama la nota de temporalidad mediante la afirmación de que “la adopción de medidas cautelares en ningún caso podrá exceder de seis meses y cesarán, en todo caso, cuando se ejecute la resolución del Tribunal”. El plazo de seis meses es aplicado con declaración de caducidad, sin perjuicio, como indica la resolución de 27 de julio de 1998 en el expediente MC 27/98, Igualatorios Vizcaya, de que una vez transcurrido dicho plazo, si no hubiese recaído resolución en el expediente principal, se pueda promover un nuevo

expediente de medidas cautelares”. En consecuencia, las medidas cautelares, de duración limitada, nacen para extinguirse.

La LDC prohíbe “dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales” (art. 45.2). Estos límites legales indican la presencia en la institución cautelar de la nota de proporcionalidad, principio aplicado, en cada caso, a la medida adoptada que debe ser adecuada a los fines pretendidos dentro del cauce previsto y exigido por la mencionada norma.

Tercero.- En el Acuerdo de 18 de julio de 2006, el Servicio relata los hechos en la forma que, en síntesis, se expone a los antecedentes de esta resolución, en los que apoya la propuesta de medida cautelar. Después de afirmar el Servicio que las prácticas objeto de investigación en este expediente se desarrollan en el mercado de transporte y difusión de la señal audiovisual define el mercado de producto como el mercado mayorista de servicios soporte para el transporte a través de cualquier medio de transmisión (cable, satélite, ondas...) y la difusión terrestre de la señal de la radio y de la televisión utilizando tecnología tanto analógica como digital. Al apreciarse unas condiciones de competencia homogéneas, tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta, en cuanto a la dimensión geográfica el mercado es nacional.

Analiza el Servicio los distintos aspectos investigados para afirmar, por una parte, que Axión se ha enfrentado a un calendario muy estrecho para desplegar una red de ámbito nacional, ya que el Consejo de Ministros de 24 de junio de 2005 anunció el relanzamiento de la Televisión Digital Terrestre (TDT), y el 29 de julio de 2005 se promulgó el RD 944/2005 aprobando el Plan Técnico Nacional de la TDT y su calendario de despliegue, con una fecha de inicio de emisiones de 30 de noviembre de 2005 y una cobertura del 80% de la población nacional el 31 de diciembre de 2005 y, por otro lado, que en el momento de lanzamiento de la TDT, Abertis era el único operador que podría hacer ofertas de red soporte para los servicios de difusión de la TDT a nivel nacional, pues era la única red con cobertura estatal. En esta situación del mercado, entiende el Servicio que la estrategia comercial de Abertis a través de su filial Retevisión podía haber tratado de contrarrestar la entrada de Axión en el mercado de transporte y difusión de la señal de la TDT a nivel nacional, al haber firmado Retevisión contratos con los difusores de programas no sólo de larga duración sino también con penalizaciones en caso de resolución anticipada, que suponen una barrera a la entrada de Axión en el mercado a nivel nacional, con la consecuencia de reducción de las posibilidades para este operador de hacer ofertas competitivas a las empresas interesadas y perpetuar la situación monopolística que existe actualmente en el mercado.

Razona, además, el Servicio, que no se aprecia la posibilidad de producir un eventual daño a Retevisión por el hecho de eliminar las penalizaciones que percibiría en caso de resolución anticipada del contrato, pues cuenta con una red desplegada a nivel nacional y los precios que recibe de sus clientes deberían ser suficientes para amortizar sus gastos de mantenimiento o renovación de instalación, no teniendo que amortizar una red de nueva creación.

Cuarto.- La medida propuesta de eliminar las penalizaciones previstas en los contratos actualmente vigentes Retevisión y Sogecable, S.A.; Gestevisión Telecinco S.A., Antena 3 Televisión S.A.; Net Televisión S.A. y Veo Televisión S.A. en caso de resolución anticipada de los mismos, tiene el objetivo propio de atacar la actual situación monopolística del mercado de referencia, mediante la eliminación de las barreras de entrada que para los nuevos entrantes –y concretamente para Axió- suponen los contratos vigentes en los que se establecieron penalizaciones. En consecuencia, a 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. La falta de adecuación a la norma en aspecto tan fundamental de la institución cautelar determina, asimismo, la inaplicación del régimen legal previsto en el citado precepto, de forma que no tiene cabida la nota de provisionalidad porque la medida de ejecución inmediata tiene vocación de decisión definitiva; y por este motivo no pueden tener realidad los principios de temporalidad –la medida se agota en sí misma, una vez ejecutada- y de variabilidad –porque en la propuesta remitida no admite modificación-. Por otra parte, conviene no olvidar que esta medida, en el supuesto de adopción en el sentido que ha sido propuesta, ocasiona una transformación del mercado de referencia de tal alcance que la evolución del mercado sería imposible de invertir posteriormente en el caso de no prosperar la denuncia que ha dado origen al procedimiento principal, sin posibilidad de resarcir, en su caso, los perjuicios derivados de la ejecución de la medida mediante la fianza correspondiente, que en este caso no procede por imperativo de la LDC (art. 45.1), al haber sido solicitada por el Servicio de oficio.

Por otra parte, no es cuestión menor la falta de proporción que se aprecia si se tienen en cuenta los efectos derivados del resultado que en el mercado de constante referencia ocasiona la medida cautelar propuesta, en relación al procedimiento del artículo 45 de la LDC, especial y de carácter

restringido, sin posibilidad de actividad probatoria, en el ámbito deseado por el artículo 24.1 de la Constitución Española, de aplicación de los principios de tutela efectiva de los derechos a intereses legítimos y de prohibición de indefensión.

A pesar del respeto a los principios formales previstos en la LDC, observado por el Servicio de Defensa de la Competencia, la propuesta formulada no tiene cabida en la mencionada ley, por lo que el Tribunal entiende que no debe ser adoptada y que, en consecuencia, corresponde continuar la tramitación del expediente hasta acordar la decisión que proceda, una vez practicadas las oportunas actividades de investigación y de instrucción.

Quinto.- Respecto de la concurrencia en este procedimiento de los requisitos de apariencia de buen derecho, o “fumus boni iuris” y de “periculum in mora” o peligro de la mora, en el sentido fundamentado por el Servicio en el Acuerdo de 18 de julio de 2006, conviene no olvidar que en este Acuerdo no ha podido ser valorado el Acuerdo adoptado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en la sesión del 20 de julio de 2006, que resuelve el conflicto planteado por Axión, en 22 de julio de 2005, en relación con la adecuación del acceso y la interconexión a la red de Abertis. En este escrito Axión expone que es un operador habilitado para la explotación de una red de comunicaciones electrónicas soporte de señales de difusión de radio y televisión y que, aunque la explotación de este tipo de redes se realiza teóricamente en un marco de libre competencia desde el 2 de abril de 2000, la realidad del mercado es que Abertis constituye un monopolio de facto en la difusión de programas de televisión de cobertura nacional así como de cobertura regional en aquellas comunidades autónomas en las que no hay una red alternativa. En el mismo escrito Axión afirma que la barrera de entrada que supone la imposibilidad de desplegar una red alternativa puede reducirse imponiendo a Abertis la obligación de conceder acceso e interconexión a su red en términos amplios, incluyendo casetas, torres, sistemas radiantes y equipos transmisores y, en consecuencia solicita de la Comisión la adopción de medidas cautelares. Mediante Resolución de 20 de septiembre de 2005, la Comisión acordó la adopción de medidas cautelares a fin de que Abertis permitiera a Axión el acceso a la totalidad de los 147 centros de su red de ámbito nacional, incluyendo los servicios necesarios, durante un plazo de nueve meses, derecho de acceso que no fue utilizado por Axión al ser imposible presentar un contrato con un radiodifusor de ámbito nacional en el plazo de diez días fijado por la Comisión, según alegación de la mencionada empresa.

El Consejo de la CMT, en 2 de febrero de 2006 acordó definir y analizar el mercado de transmisión de señales de televisión, que calificó de no

competitivo, y se identificó a Abertis como operador con poder significativo en ese mercado, imponiendo a Abertis las siguientes obligaciones: atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, obligación de no discriminación en las condiciones de acceso, transparencia, ofrecer los servicios de acceso a la red nacional a precios orientados en función de los costes de producción y separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso.

En el Acuerdo de la CMT de 20 julio de 2006 el Consejo concluye que Abertis está obligado a atender la solicitud de Axión de acceso a los 41 centros considerados esenciales por este operador a un precio orientado en función de los costes de producción. Para el cumplimiento de esta obligación la CMT ha ordenado la remisión por Abertis al propio órgano regulador y a Axión la información y documentación reseñada en la misma resolución.

Aún cuando pudiera apreciarse en este expediente la existencia de indicios respecto de la apariencia de buen derecho –“*fumus boni iuris*”, en el sentido propuesto por el Servicio de que la conducta atribuida a Abertis, a través de su filial Retevisión, podría haber tratado de contrarrestar la entrada de Axión en el mercado de transporte y difusión de la señal de la TDT a nivel nacional, al haber firmado Retevisión contratos de larga duración y penalizaciones en caso de resolución anticipada, el Tribunal estima que en este caso no concurre el requisito de “*periculum in mora*”, según los datos que aparecen en el procedimiento respecto de la urgencia señalada por el Servicio.

Corresponde en este momento recordar la vigencia actual del Acuerdo de la CMT antes citado que resuelve el conflicto planteado por Axión sobre la adecuación del acceso y la interconexión a la red de Abertis, en su escrito de 22 de julio de 2005, en el que expone que la barrera de entrada que supone la imposibilidad de desplegar una red alternativa puede reducirse imponiendo a Abertis la obligación de conceder acceso e interconexión a su red. Como ha quedado reseñado con anterioridad, las medidas cautelares solicitadas por Axión se han concedido por el órgano regulador citado.

En el mencionado Acuerdo de 20 de julio de 2006, que en este procedimiento tiene la calidad de hecho nuevo respecto a la proposición de medida cautelar por el Servicio de fecha anterior, se razonan las situaciones originadas sobre el acceso de Axión a los 147 centros de la red de ámbito nacional de Abertis (pags. 25 a 29 del Anexo 1 del escrito de alegaciones de esta empresa). Así mismo, en el citado Acuerdo de la CMT (pags. 29 a 33 del referido Anexo 1) quedan expuestas las razones y motivos que fundamentan la estimación por el órgano regulador de la petición de Axión de acceso a los 41 centros considerados esenciales por este operador, así como la

declaración de la obligación que corresponde a Abertis de atender la solicitud, mediante un precio orientado en función de los costes de producción y cumplimiento de las condiciones señaladas en el mismo Acuerdo, vigente en la actualidad a todos los efectos.

Por ello, el Tribunal

### **HA RESUELTO**

Declarar no procedente la medida cautelar propuesta por la Dirección General de Defensa de la Competencia en el Expte. 2644/05 del Servicio, con fecha 18 de julio de 2006.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.