

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0646/08, AXION/ABERTIS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de septiembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0646/08, AXION/ABERTIS, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015 (recurso 2064/2012) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2012 (recurso 333/2009) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa CELLNEX TELECOM, S.A.¹ (en adelante CELLNEX) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2009 (Expediente S/0646/08, AXION/ABERTIS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de mayo de 2009, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en el expediente de referencia, acordó:

*“(...) **SEGUNDO.-** Declarar la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de ABERTIS TELECOM SAU, consistente en abusar de su posición de dominio exigiendo, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes (SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, NET TV y VEO TV) en el caso de rescisión anticipada de los*

¹ Anteriormente Abertis Telecom, S.A.

contratos firmados en 2006, y establecer una excesiva duración de los contratos con VEO TV en 2006 y con SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en 2008, con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.

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

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

(...)

2. Con fecha 21 de mayo de 2009 le fue notificada a CELLNEX (folio 76.1) la citada Resolución, contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (333/2009), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 15 de enero de 2010, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la prestación de garantía por importe de 22.658.863 €, que fue declarada suficiente por Oficio del 17 de marzo de 2010.
4. Mediante Sentencia de 15 de febrero de 2012, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso (333/2009) interpuesto por CELLNEX contra la Resolución de 19 de mayo de 2009. Contra ella se interpuso recurso de casación (2064/2012).
5. Con fecha 23 de abril de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por CELLNEX frente a la referida sentencia, en lo relativo al importe de la multa, ordenando su recálculo.
6. Con fecha 22 de septiembre de 2015 CELLNEX presentó escrito de alegaciones (folios 245 a 262) en el que, entre otros aspectos, señalaba que su volumen total de ingresos en el año 2008 fue de 374.350.000 € (folio 259), dato que figuraba ya en la Resolución de 19 de mayo de 2009 (p. 73). Además, en ese mismo escrito solicita que, respecto al cálculo del nuevo importe de la multa, se tenga en cuenta lo recogido en su alegación segunda y subsidiariamente lo indicado en su alegación tercera.

7. Asimismo, CELLNEX había presentado escrito el 20 de marzo de 2009² en contestación al Acuerdo del Consejo de 23 de febrero de 2009 señalando, entre otros extremos, la cifra de ventas correspondiente a los contratos con los radiodifusores de TDT para los canales 66 a 69, en los ejercicios de 2005 a 2008.
8. Es interesado CELLNEX TELECOM, S.A.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 29 de septiembre de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 19 de mayo de 2009, dictada en expediente S/0646/08, AXION/ABERTIS, impuso una multa de 22.658.863 euros a CELLNEX contra la que interpuso recurso contencioso administrativo.

El recurso interpuesto fue inicialmente desestimado por Sentencia de 15 de febrero de 2012 de la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015 se casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y se estima parcialmente el recurso presentado por CELLNEX, anulando la multa y ordenando su recálculo según

² Folio 902, incorporado del expediente principal S/0646/08.

los criterios expuestos en su fundamentación jurídica. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“2.- Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Abertis Telecom S.A.U contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de mayo de 2009 (expediente sancionador 646/08 AXION/ABERTIS) por la que se impone a la referida entidad la sanción de multa de 22.658.863 euros como responsable de una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con los siguientes pronunciamientos:

A.- Anulamos la resolución sancionadora en lo que se refiere al importe de la sanción, ordenándose a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que determine el importe de la multa ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10, sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; y sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa de cuantía superior a la sanción (22.658.863 euros) que ahora se anula.

B.- Anulamos asimismo la medida dispuesta en el apartado 6 de la parte dispositiva de la resolución sancionadora impugnada, que reconoce a todos los operadores de TV que hubiesen contratado con Retevisión el derecho de resolución anticipada de sus contratos; sin perjuicio de que en la nueva resolución que se dicte pueda adoptarse una medida alternativa en los términos que han quedado señalados en el fundamento jurídico decimosexto”.

En relación con la anulación de la medida dispuesta en el apartado 6 de la parte dispositiva de la resolución cabe señalar que los contratos a los que la misma se refiere ya han concluido. En consecuencia, y con independencia de las actuaciones de vigilancia de los nuevos contratos que suscriba CELLNEX derivadas de lo dispuesto en el apartado 9 de la resolución, no resulta ya procedente, *ratione temporis*, la adopción de medida alternativa alguna en relación con tales contratos.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 19 de mayo de 2009

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a CELLNEX hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 19 de mayo de 2009, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar que, de conformidad con los dispositivos segundo y tercero de la resolución, CELLNEX fue declarada responsable de dos infracciones del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE, consistentes en abusar de su posición de dominio por: 1) exigir, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes (SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, NET TV y VEO TV) en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006, y establecer una excesiva duración de los contratos con VEO TV en 2006 y con SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en 2008, con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado y 2) ofrecer en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción. La Resolución del Consejo de la CNC de 19 de mayo de 2009 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes (cfr. FD Décimo de la resolución):

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

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

3. SOGECABLE, TELECINCO, ANTENA 3, VEO TV Y NET TV comparten canal múltiple entre sí, con LA SEXTA y con RTVE:

	Canal66	Canal67	Canal68	Canal69
1	RTVE	Sogecable	Telecinco	Antena 3
2	Veotv	Sogecable	Telecinco	Antena 3
3	Veotv	Sogecable	Telecinco	Antena 3
4	NetTv	La Sexta	NetTv	La Sexta

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

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

Por todo ello, atendiendo a los criterios de graduación de las multas antes reseñados y a las consideraciones realizadas sobre el mercado afectado por las conductas imputadas, respetando ampliamente el límite establecido en el art. 10.1 de la LDC (10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la Resolución: 374,35 millones de €), el Consejo considera pertinente fijar la multa a imponer en la cantidad de 22.658.863 Euros, equivalente al [CONFIDENCIAL] de la facturación de ABERTIS, en los años 2006 a 2008, por la prestación del servicio portador del servicio de TDT de ámbito nacional a los operadores que comparten los canales múltiples 66 a 69 que, de acuerdo con los datos facilitados por ABERTIS al Consejo, ascendió a [CONFIDENCIAL] Euros³."

La multa así calculada supuso para CELLNEX una multa del 6,05% de su volumen de negocios total en 2008, ejercicio anterior al de la resolución.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Supremo en el Fundamento Decimosexto de su sentencia de 23 abril de 2015, y además de considerar el volumen de ventas

³ Esta cifra es el volumen de negocios en el mercado afectado ponderado de acuerdo con las indicaciones de la Comunicación de multas de la CNC.

correspondiente al ejercicio económico 2008, inmediatamente anterior a la Resolución del Consejo, a la hora de imponer la nueva sanción la CNMC deberá determinar el importe de la multa *“ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10, sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; y sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa de cuantía superior a la sanción (22.658.863 euros) que ahora se anula”*.

Como expone el Tribunal Supremo *“(…) aunque entre las circunstancias que se ponen de manifiesto en el fundamento décimo de la resolución sancionadora hay varias que, en efecto, son incardinables en algunos de los apartados que enumera el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, lo cierto es que el procedimiento de cálculo seguido por la Comisión Nacional de la Competencia está viciado en su conjunto por la aplicación que hace, siquiera de forma encubierta, de los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009.”*

3.3. Criterios para la determinación de la sanción a CELLNEX

El artículo 10.1 de la Ley 16/89, relativo a las multas sancionadoras, establece: *“El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1,6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas (901.518,16 euros), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.”*

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el volumen total de ingresos de CELLNEX en el año 2008, fue de 374.350.000 €. Sobre esta base, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 10.2 de la Ley 16/89, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 19 de mayo de 2009 (S/0646/08), tal y como ordena el Tribunal Supremo.

El artículo 10.2 de la Ley 16/89, establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, teniendo en cuenta: *“a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.”*

Del contenido de la resolución, corroborada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, y a la luz del citado artículo 10.2 de la Ley 16/89, cabe deducir las siguientes circunstancias de graduación de la sanción:

- Modalidad y alcance de la restricción de la competencia. Se imputan dos conductas de abuso de posición dominante, de por sí infracciones muy graves, que afectan a una infraestructura necesaria para que los radiodifusores puedan prestar su actividad propia, que tiene naturaleza de servicio de interés general.

La gravedad de las conductas imputadas a ABERTIS viene determinada por su aptitud para impedir que pueda existir una real y efectiva competencia en el mercado al fidelizar a los clientes por largos períodos de tiempo mediante distintas estrategias (descuentos vinculados a la contratación de todas las placas regionales; contratos de larga duración con penalizaciones elevadas por resolución unilateral; contratos de muy larga duración sin facultad de resolución anticipada pero con descuentos / penalizaciones vinculados a la larga duración), impidiendo así la competencia en los dos momentos temporales en los que era más factible la entrada de competidores, 2005 (aprobación del PTNTDT) y 2010 (fecha del apagón analógico)

- Dimensión del mercado afectado. Las prácticas se desarrollan en los mercados de transporte y difusión de la señal audiovisual, afectando a todo el territorio nacional y a los intercambios comunitarios.
- Duración. Las prácticas sancionadas forman parte de una estrategia de cierre de mercado que se inicia en 2005 y concluye en 2008, pero que se prolonga más allá en el tiempo.
- Cuota de mercado. Las conductas han sido desarrolladas por el antiguo monopolista legal y monopolista de facto en un mercado de reciente liberalización, con regulación *ex ante* por parte del regulador sectorial, que según información de la extinta CMT, tendría en 2007 una cuota de mercado en los mercados de prestación de servicios de difusión y transporte de la señal audiovisual, del 69% del total.
- Efectos. La conducta abusiva, de carácter exclusionaria, fue desplegada como respuesta a los intentos de entrada por parte de AXION, teniendo como efecto el cierre del mercado por un largo periodo de tiempo, perpetuando así el absoluto dominio de ABERTIS (hoy CELLNEX) en el mercado concernido, lo que según la Resolución ha supuesto una pérdida de eficiencia global que se puede trasladar en forma de mayores costes a los usuarios de este servicio, en este caso los operadores de televisión, que, a su vez, tratarán de repercutirlo en la medida de lo posible a sus clientes.

Así, el aumento de costes se puede trasladar a los clientes en forma de mayores precios por los espacios publicitarios o vía incremento de la publicidad, lo que no sería siempre posible debido a las limitaciones legales existentes.

En consecuencia (art. 10.2.d), la conducta desplegada por ABERTIS produjo efectos nocivos frente a sus potenciales competidores (excluyéndolos), sobre otras partes en el proceso económico (operadores de televisión, anunciantes) y sobre los consumidores y usuarios (cfr. FD 11º STS).

- Atenuantes o agravantes. No se considera concurrente ninguna circunstancia atenuante o agravante.

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso concretar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción.

De acuerdo con la información aportada por CELLNEX el 20 de marzo de 2009, los ingresos obtenidos durante la infracción de los contratos con los radiodifusores de TDT para los canales 66 a 69, sería:

Año	Facturación por contratos TDT Canales 66-69 (€)
2006	50.069.730
2007	49.702.291
2008	50.982.733

En consecuencia, el volumen de negocios anual medio en el mercado afectado durante la infracción (2006-2008) representa un 13,4% del volumen de negocios total de la empresa en 2008.

3.4. Alegaciones de CELLNEX

CELLNEX, en su escrito de 22 de septiembre de 2015 relativo a la ejecución de sentencia, solicita que se tenga en cuenta lo siguiente:

- 1.- Que se aplique el volumen de ventas afectadas como base del porcentaje máximo del 10%, y señala que el volumen de ventas relevante sería el de los ingresos obtenidos por Abertis de los contratos con los radiodifusores de TDT de ámbito nacional para los canales 66 a 69 para el ejercicio 2008 que ascendería a 50.982.733 euros.

Esta alegación debe ser rechazada. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2015 (citada por CELLNEX en el mismo escrito de alegaciones) concluye de forma inequívoca que la base de facturación sobre la que la Ley de Defensa de la Competencia fija los umbrales de multa de hasta el 1%, el 5% y el 10% viene referido al volumen de negocios total de la empresa, no al volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta, casando en dicha sentencia la de la Audiencia Nacional que

acogía dicho argumento. La sentencia, además, ha sido reiterada de forma sucesiva en otros varios pronunciamientos del Alto Tribunal.

Por otro lado, si bien la citada sentencia del Tribunal Supremo centra su análisis en la dicción de la norma hoy vigente (artículo 63.1 de la Ley 15/2007), su razonamiento lógico se extiende a la dicción equivalente contenida en el artículo 10 de la Ley 16/1989. Así, de la misma se desprende que el cambio de término respecto del empleado en la antigua Ley (“volumen de ventas” en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989, “volumen de negocios total” en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007) obedece a una finalidad aclaratoria y no a una innovación normativa: *“La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.”*

2.- Que a la vista de los pronunciamientos previos del TDC y la CNC al cuantificar las multas, y de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo al reducir la cuantía de tales multas, el porcentaje a aplicar se debería situar entre el 1% y el 3% del volumen de ventas afectadas por la infracción, esto es, 50.982.733 euros y en consecuencia a una multa de entre 509.827 y 1.529.482 euros.

Además de lo ya respondido en la alegación anterior sobre el volumen de ventas que debe tomarse como referencia, que también es aplicable a la cuantificación sugerida en esta, parece evidente que la gravedad de la conducta, tal y como han sido relacionadas cada una de las circunstancias concurrentes en relación con los distintos criterios enumerados en el artículo 10.2 de la Ley 16/89, no permite fijar la multa en el tramo mínimo o bajo del arco sancionador previsto en la Ley.

3.- Con carácter subsidiario solicitan para el cálculo de la sanción que se apliquen los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015. Así Abertis considera *“que en el supuesto de que el Consejo de la CNMC partiera como importe máximo del volumen de negocios total de Abertis (374,35 millones), la multa debería representar un porcentaje similar sobre tales ventas que el aplicado al resto de multas bajo la Ley 16/1989, y situarse así entre el 0,5% y el 1%, y en consecuencia la multa no debería exceder el rango entre 1.871.750 y 3.743.500 euros.”*, y hace referencia a los expedientes S/0248/10 MENSAJES CORTOS (multa entre el 0,6-0,8%) y S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA (multa 0,5%).

CELLNEX postula aquí, de forma subsidiaria, una multa que debe discurrir entre el 0,5% y el 1,5% de su volumen de negocios total. No obstante, los precedentes que cita no pueden ser aplicables al caso.

En primer lugar, debe señalarse que la traslación mecánica, sin matices, de criterios o resultados de un expediente a otro puede resultar gravemente contrario, no solo al fin disuasorio que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, sino también al de proporcionalidad, entendido no solo como la relación entre la conducta imputada y el reproche impuesto al infractor, sino como la coherencia en la aplicación de tales criterios a la diversidad de situaciones antijurídicas que la autoridad sanciona. Así, cualquier decisión sancionadora previa (el 0,6-0,8% citado de MENSAJES CORTOS o el 0,5% citado de CONTRATOS DE PERMANENCIA) obedece a las concretas circunstancias de cada expediente que en ningún caso pueden aplicarse miméticamente.

En lo referente al expediente S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA, debe señalarse que la conducta no consistía en un abuso de posición dominante de carácter exclusionario cometido en un mercado recientemente liberalizado o por quien ostenta una cuota próxima al monopolio (infracción muy grave), sino una restricción de carácter vertical, esto es, entre no competidores, tipificada por la Ley 15/2007 como infracción grave (art. 62.3.a), a la que la ley anuda una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora (art. 63.1.b).

En cuanto a la sanción aplicada al expediente S/0248/10 MENSAJES CORTOS, la infracción ahí sancionada constituía un abuso de posición de dominancia colectiva, calificada como muy grave. No obstante, la relación entre el volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta de cada operador y el volumen de negocios total de cada uno de ellos era sustancialmente inferior al supuesto que aquí nos ocupa. Ya se ha señalado que, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo apunta la necesidad de tomar el arco sancionador que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora (como manifestación directa de su capacidad económica y corolario de la necesaria disuasión que debe perseguir el ejercicio de la potestad sancionadora), también aclara que la mayor o menor incidencia de la facturación del operador en el mercado afectado por la conducta en relación con su facturación total debe también modular el quantum sancionador para hacer compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad.

3.5. Determinación de la multa

De acuerdo con los hechos declarados probados en la Resolución original de la CNC y confirmados por la Sentencia del Tribunal Supremo, como se ha indicado anteriormente, se trata de dos infracciones muy graves que afectan a una infraestructura necesaria para los radiodifusores cuya actividad tiene naturaleza de servicio de interés general (motivo por el cual esta Sala considera que el reproche sancionador en este caso no podría situarse por debajo del 3%); adicionalmente, la dimensión del mercado es nacional con afectación a los intercambios intracomunitarios; la duración de la conducta es de tres años con efectos prolongados más allá en el tiempo; las conductas han sido desarrolladas por el antiguo monopolista en un mercado

de reciente liberalización en el que mantenía una cuota del 69% en el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual, lo que le confiere una especial responsabilidad; y finalmente, la conducta es exclusionaria con efectos de cierre de mercado. Por todos estos motivos, sin apreciarse agravantes o atenuantes, esta Sala considera que el reproche sancionador debería situarse en el tramo superior del arco sancionador que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total del infractor en el 2008.

No obstante, teniendo en cuenta la incidencia de la facturación del operador en el mercado afectado por la conducta en relación con su facturación total, presentada al final del apartado 3.3, este Consejo considera que si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta, la sanción resultaría desproporcionada.

Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse *beneficio ilícito potencial*⁴). En el presente caso, la multa que correspondería a la infractora con un tipo sancionador situado en el tramo alto superaría el límite de proporcionalidad determinado de acuerdo con la mencionada estimación.

Así pues, teniendo en cuenta todos los elementos de graduación de la sanción citados, y la valoración de proporcionalidad, el importe de la multa que hace compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad debe fijarse en el 5% del volumen de negocios total en 2008 de la empresa infractora, lo que supone una sanción de 18.717.500 euros.

Esta multa es inferior a la impuesta en la sanción original, por lo que no hay *reformatio in peius*.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

⁴ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como los *Ratios Sectoriales de las Sociedades no Financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, las estimaciones se basan en la literatura económica. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico y, en caso de duda, se toman los más favorables a las empresas.

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a CELLNEX TELECOM, S.A., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015 (recurso 2064/2012) que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2012 (recurso 333/2009), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de mayo de 2009 (Expte. S/0646/08, AXION/ABERTIS) la multa de **18.717.500 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta **Resolución administrativa** aprobada en el día de hoy, 29 de Septiembre del 2016, por mayoría simple de esta Sala de Competencia.

Concreto y fundamento mi DISCREPANCIA en los siguientes **MOTIVOS**

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 19 de Mayo del 2009, en el marco del Expediente Sancionador 646/08 AXION/ABERTIS dictó una Resolución administrativa, en cuya Parte Dispositiva se dice

HA ACORDADO

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

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

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

CUARTO.- *Imponer a ABERTIS TELECOM SAU, como autora de las conductas sancionadas la multa de €uros 22.658,863.*

QUINTO.- *Intimar a las sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- ABERTIS TELECOM SAU, disconforme con lo resuelto por el hoy extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en tiempo y forma interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la anterior Resolución administrativa, del que conoció la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

La Ilma. Sala, el día 15 de Febrero del 2012 dictó Sentencia en el marco del Recurso 333/2009 en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

*Que **DESESTIMANDO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por promovido (SIC) **Abertis Telecom SAU (...)** sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2009**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la resolución impugnada y en consecuencia **debemos confirmarla y la confirmamos**, sin expresa imposición de costas.*

TERCERO.- ABERTIS TELECOM SAU, en tiempo y forma interpuso Recurso de Casación contra lo resuelto en la instancia, del que conoció la Excma. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La Excma. Sala el día 23 de Abril del 2015, en el marco del Recurso de Casación 2064/2012, dictaba Sentencia en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

1. *Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de ABERTIS TELECOM TERRESTRE S.L., contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de Febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 333/2009), **que ahora queda anulada y sin efecto.***

2. *Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Abertis Telecom SAU contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de mayo del 2009 (expediente sancionador 646/08 AXION/ABERTIS) por la que se impone a la referida entidad la sanción de multa de 22.658.863 Euros **como responsable de una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia***
 - A.- *Anulamos la resolución sancionadora en lo que se refiere al importe de la sanción, ordenándose a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) que determine el importe de la multa **ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia,** ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10, **sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009** y sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa de cuantía superior a la sanción (22.658.863 euros) que ahora se anula.*

 - B.- *Anulamos asimismo la medida dispuesta en el apartado 6 de la parte dispositiva de la resolución sancionadora impugnada, que reconoce a todos los operadores de TV que hubiesen contratado con Retevisión el derecho de resolución anticipada de sus contratos; sin perjuicio de que en la nueva resolución que se dicte pueda adoptarse una medida alternativa en los términos que han quedado señalados en el fundamento jurídico decimosexto.*

 - C.- *Desestimamos en lo demás las pretensiones de la demandante.*

3. *No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.*

La Sentencia dictada por la Excm. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, anteriormente transcrita, dispone en el Fundamento Jurídico Decimosexto lo siguiente

DECIMOSEXTO.- *Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores llevan a concluir que, por acogimiento de los motivos de casación decimotercero, decimoquinto y decimosexto, con desestimación de los demás motivos de casación, **la sentencia recurrida debe ser casada.***

*Compartimos el parecer de la Sala de instancia –y de la Comisión Nacional de la Competencia– **en cuanto a la existencia de la conducta infractora imputable a Abertis;** pero entendemos, por las mismas razones que nos han llevado a*

*estimar los motivos de casación decimotercero, decimoquinto y decimosexto, **que procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la sanción, así como en lo relativo a la medida dispuesta en el apartado 6 de su parte dispositiva, aspectos éstos en los que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia resulta contraria a derecho.***

*En cuanto **al importe de la multa**, procede su anulación pues ha sido fijada a partir de un método de cálculo no conforme a derecho, debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) que determine el importe de la multa ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10, sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas **en la Comunicación** de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 y sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa de cuantía superior a la sanción (22.658.863 euros) **que ahora se anula.***

*Procede asimismo la anulación **de la medida dispuesta en el apartado 6 de la parte dispositiva** de la resolución sancionadora impugnada, que reconoce a todos los operadores de TV que hubiesen contratado con Retevisión el derecho de resolución anticipada de sus contratos. **Ello sin perjuicio de que en la nueva resolución que se dicte** cuantificando la multa **pueda también adoptarse una medida** tendente a la remoción de los efectos de las prácticas prohibidas por las que se impone la sanción, **en el bien entendido que habrá de tratarse de una medida que permita una aplicación gradual y en cuya concreción pueda intervenir la voluntad negociada de las partes.***

CUARTO.- La Sentencia dictada por la Excm. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fue objeto de un Voto Particular Discrepante formulado por el Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Espín Templado, en el que en síntesis establecía los siguientes pronunciamientos:

1º. (...)** En el citado Fundamento Undécimo la Sala razona sobre el carácter abusivo de la conducta de la recurrente, que habría producido una efectiva exclusión de los competidores del mercado afectado y perjuicios a los consumidores y usuarios finales. **En el fundamento duodécimo se rechaza la ausencia del elemento subjetivo (culpabilidad), razón alegada sobre la base de que existía una justificación objetiva para la conducta sancionada.

***2º.** No cabe duda de que la apreciación de si se ha producido una conducta antijurídica por abuso de posición de dominio resulta con frecuencia extremadamente complicada, ya que no siempre es fácil distinguir entre la legítima actuación competitiva de una empresa, a pesar*

de su posición relevante en un concreto mercado y una conducta abusiva que pretenda cerrar dicho mercado a sus competidores, así como tampoco es sencillo apreciar los efectos antieconómicos supuestamente producidos por la conducta discutida.

*3º En el caso de autos sin duda nos encontramos en una situación en que dichos factores resultan especialmente difíciles de apreciar, como lo demuestra el que **el Servicio de Defensa de la Competencia archivara inicialmente el expediente** (Acuerdo de 5 de Marzo de 2007) **a la vista del Informe del regulador sectorial, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de Enero de 2007**, así como los hechos posteriores al Pliego de Concreción de Hechos **como el acceso a determinados contratos en el mercado relevante de transporte y difusión de la señal audiovisual por parte de un competidor.***

*4º Y al efecto finalizaba entendiendo que el dicho Expediente Sancionador **debió de ser sobreseído**, a todos los efectos.*

QUINTO.- En esta misma línea argumental, esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 19 de Mayo de este corriente año 2016 dictó una Resolución administrativa, en vía previa, en el marco del Expediente S/DC/0568/15 CELLNEX en cuya Parte Dispositiva se dice

HA RESUELTO

ÚNICO.- *No incoar procedimiento sancionador contra CELLNEX TELECOM S.A., y procede el archivo de las actuaciones llevadas a cabo en el marco del Expediente de referencia. Y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de **la denuncia presentada por SES ASTRA S.A.**, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.*

Decisión a la que llega esta Sala de Competencia con amparo en el Informe que le eleva la Dirección de Competencia, en cuya relación de ANTECEDENTES se establece

PRIMERO.- *El 23 de Octubre de 2015 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) **una denuncia** (folios 1 a 225) presentada por SES ASTRA S.A., contra CELLNEX TELECOM S.A., **“por supuestas conductas prohibidas por el Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia”.***

*En esta denuncia, ASTRA considera que CELLNEX **“podría incurrir en un abuso de posición de dominio en el mercado de transporte distribución de las señales audiovisuales de la televisión digital terrestre (TDT) en España, con motivo de la adjudicación de las licencias del múltiple MPE 5”.***

II.- HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La Resolución administrativa aprobada en el día de hoy, por mayoría simple de esta Sala de Competencia y de la que **DISCREPO** literalmente establece en sus páginas 11, 12 y 13

3.5 *Determinación de la multa*

*De acuerdo con los hechos declarados probados en la Resolución original de la CNC y confirmados por la Sentencia del Tribunal Supremo, como se ha indicado anteriormente, **se trata de dos infracciones muy graves** que afectan a una infraestructura necesaria para los radiodifusores cuya actividad tiene naturaleza de servicio de interés general (motivo por el cual esta Sala considera que el reproche sancionador en este caso **no podría situarse por debajo del 3%**).*

***Adicionalmente, (1)** la dimensión del mercado es nacional, con afectación a los intercambios intracomunitarios; **(2)** la duración de la conducta es de tres años con efectos prolongados más allá en el tiempo; **(3)** las conductas han sido desarrolladas por el antiguo monopolista en un mercado de reciente liberalización en el que mantenía una cuota del 69% en el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual, lo que le confiere una especial responsabilidad; y finalmente **(4)** la conducta es exclusionaria con efectos de cierre de mercado.*

*Por todos estos motivos, sin apreciarse agravantes o atenuantes, esta Sala considera que el reproche sancionador **debería situarse en el tramo superior del arco sancionador que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total del infractor en el 2008.***

***No obstante,** teniendo en cuenta la incidencia de la facturación del operador en el mercado afectado por la conducta **en relación con su facturación total,** presentada al final del apartado 3.3 este Consejo **(SIC)** considera que si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta, la sanción resultaría desproporcionada.*

*Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora **podría** haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial). En el presente caso, **la multa que correspondería a la infractora con un tipo sancionador situado en el tramo alto superaría el límite de proporcionalidad determinado de acuerdo con la mencionada estimación.***

Así pues, teniendo en cuenta todos los elementos de graduación de la sanción citados y la valoración de proporcionalidad, el importe de la multa que hace compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad debe fijarse en el 5% del volumen de negocios total en 2008 de la empresa infractora lo que supone una sanción de 18.717.500 euros.

Esta multa es inferior a la impuesta en la sanción original, por lo que no hay reformatio in peius.

SEGUNDO.- El Director de Competencia en el titulado **INFORME PARCIAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 26 de Abril del 2015 (Recurso 2064/2012)** que el pasado día **9 de Mayo del 2016** elevara a esta Sala de Competencia concreta los siguientes establecimientos en orden a la cuantificación de la multa-sanción (recalcular)

“De acuerdo con la información aportada por CELLNEX el 20 de Marzo de 2009, los ingresos obtenidos de los contratos con los radiodifusores de TDT para los canales 66 a 69 sería

AÑO 2008 VOLUMEN DE VENTAS (€) 50.982.733

El volumen de negocios en el mercado afectado en 2008 es de un 13,61% del volumen de negocios total de la empresa para ese mismo año.

A la hora de imponer la sanción definitiva a CELLNEX habrá que tener en cuenta que el Tribunal Supremo además de fijar el importe máximo de la multa en el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2008 exige que en ningún caso pueda resultar un importe superior a la multa de 22.658.855 Euros.

Esto es, si el volumen de negocios total asciende a 50.982.733 (=al 100%) y siendo el 13,61% el volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta, **nos llevaría a un montante de Euros 6.938.749,96.**

Y de seguirse la línea argumental de la Resolución sobre el dicho montante y, consiguientemente, aplicando el porcentual de 5% en ella fijado, nos llevaría *prima facie* a concretar la multa-sanción a imponer a ABERTIS en la cantidad de Euros 346.937,49.

III.- SANCIÓN

PRIMERA DISCREPANCIA o reproche. Ciertamente la Resolución administrativa dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en los apartados Segundo y Tercero de su Parte Dispositiva concreta la infracción en dos conductas incardinables en el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y en el Artículo 82 del TCE.

PERO no es menos cierto que la Sentencia dictada por la Excm. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el día 23 de Abril del 2015 habla repetidamente de UNA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 16/1989 lo que finalmente lleva a la Parte Dispositiva, en armonía y concordancia con lo previamente establecido en el Fundamento de Derecho DECIMOSEXTO anteriormente transcrito.

Pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal que no puede ser ignorado e incumplido por esta Sala aprobando una Resolución en clara vulneración del Principio de Legalidad en concordancia con el Principio de Seguridad Jurídica ex Artículo 9 de la Constitución Española.

SEGUNDA DISCREPANCIA o reproche. La Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **ARTÍCULO 10** dispone

ARTÍCULO 10 Multas sancionadoras

1. *El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, **deliberadamente o por negligencia**, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2 multas de hasta 150.000.000 de pesetas (901.518,16 euros), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 **del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.***
2. *La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:*
 - a)** *la modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*
 - b)** *la dimensión del mercado afectado.*
 - c)** *la cuota de mercado de la empresa correspondiente.*
 - d)** *el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*
 - e)** *la duración de la restricción de la competencia.*
 - f)** *la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.*

-----0-----

Sentado el campo de juego o **tipificación normativa** debemos pasar a concretar la totalidad de pronunciamientos recogidos en la Sentencia dictada por la Excma. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo. Y estos son

1º la Sentencia del Tribunal Supremo, tantas veces citadas, **REDUCE A UNA LA INFRACCIÓN**, por lo que la Resolución hoy aprobada no se ajusta a la verdad de lo resuelto.

2º la Sentencia del Tribunal Supremo lleva a tal reducción de la conducta infractora, dado que en el último párrafo del Fundamento de Derecho Decimosexto **ANULA la medida dispuesta en el apartado Sexto** del Resuelve de la Resolución administrativa dictada el día 19 de Mayo del 2009 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador 646/2008 AXION/ABERTIS (**resolución unilateral de los contratos**).

3º la Sentencia del Tribunal Supremo, en el Voto Particular Discrepante se pronuncia al establecer que *“el Servicio de Defensa de la Competencia, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambos extintos) archivó inicialmente el Expediente”* (Acuerdo de 5 de Mayo del 2007).

Archivo que tiene su amparo en el Informe del Regulador Sectorial, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de Enero del 2007.

4º la Sentencia del Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Duodécimo rechaza la ausencia del elemento subjetivo (culpabilidad) por inexistencia de cierre de mercado o de barreras de entrada, toda vez que AXION pudo acceder a la distribución de señales.

En ningún momento o parte del Expediente, ni en las resoluciones judiciales aparece probado que la conducta imputada haya tenido efectos perniciosos sobre consumidores y/o usuarios o sobre otras partes en el proceso económico.

Ni tampoco ha sido concretada causa *“de conducta deliberadamente infractora o negligente”*.

5º esta misma Sala de Competencia en **Resolución** 19 de Mayo de este corriente año 2016 en el marco del Expediente S/DC/0568/15 CELLNEX acordaba *“no incoar Expediente y el archivo de las actuaciones” habidas por consecuencia de la denuncia presentada por ASTRA*, asumiendo plenamente el Informe que le elevara la Dirección de Competencia, anteriormente citados.

6º siguiendo el mandato imperativo que la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo hace a esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, esta Sala de Competencia viene impelida a aplicar y ceñirse a lo dispuesto en el Artículo 10,

apartados primero y segundo de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Esta Ley 16/1989 a diferencia de lo previsto en la vigente Ley 15/2007 **“hace referencia al volumen de ventas en el mercado afectado”** puntualización legislativa que le diferencia a lo prevenido en la Ley actual **“volumen de negocios TOTAL de la empresa infractora”** ex Artículo 63.

Matiz éste altamente cualificado que ha sido desconocido, ignorado e inaplicado en la Resolución aprobada, de la que discrepo, por cuanto vulnera el principio de legalidad, acogiendo y aplicando la sanción sobre el volumen de negocios total.

7º no es de menor importancia que la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia **no establece porcentuales**, a diferencia de la actual Ley 15/2007 que sí los contempla y autoriza en el Artículo 63.

Esta Sala de Competencia no puede bien desconocer; o bien inaplicar las Leyes ex Artículo 103 de la Constitución Española.

-----0-----

Sentado lo anterior, a la luz de lo prevenido en el citado precepto legal normativo, la sanción a imponer debería haber sido en aplicación del porcentual del **5%** que discrecionalmente se fija como indubitado en la Resolución aprobada a aplicar sobre el máximo de la sanción a imponer (ex Artículo 10) esto es €uros 901.518,16 dando por resultado consecuente de una simple operación aritmética una cifra sancionadora (multa) de **€uros 45.075,93**.

Alternativamente de aplicarse la segunda posibilidad que autoriza el citado Artículo 10 **“de y hasta el 10 por ciento”** y ello a aplicar sobre el volumen de negocios en el mercado afectado (13,61% sobre €uros 50.982.733) de €uros **6.938.749,96** resultaría una cifra sancionadora de **€uros 69.387,49**.

Así, por este MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz en la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 29 de septiembre de 2016, en el marco del Expte. VS/0646/0 AXION/ABERTIS.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- Considero que la *Resolución* aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma ***debidamente motivada***. De la lectura de la *Resolución* es ***totalmente imposible*** conocer por qué el porcentaje sancionador aplicado «***debe fijarse en el 5%***» (pág.12, énfasis añadido).

La *Resolución* establece (pág. 12) que «*el reproche sancionador debería situarse en el tramo superior del arco sancionador que discurre del cero al 10% [...]*». Eso nos coloca en algún valor dentro del intervalo (6´67%, 10%). Pero inmediatamente y ***sin prueba alguna*** la *Resolución* afirma que (énfasis añadido): «*el Consejo considera que si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta, la sanción resultaría desproporcionada [...] El importe de la multa que hace compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad debe fijarse en el 5% [...]*»

Dejando a un lado que no se está sancionando a varias empresas sino a sólo una, procede centrarse en lo siguiente:

(1) ¿Cuál es «*el tipo sancionador que [le] correspondería por la gravedad de la conducta*»? No se sabe. Supuestamente alguno dentro del intervalo (6´67%, 10%), pero nadie puede saber cuál (y en ese intervalo hay... ¡muchos!).

(2) Sea cuál sea ese misterioso «*tipo sancionador que [le] correspondería por la gravedad de la conducta*», ¿cómo es que al aplicarlo «*la sanción resultaría [sic] desproporcionada*»? ¿Y por qué aplicando, no «*el tipo sancionador que [le] correspondería por la gravedad de la conducta*», sino otro: exactamente el 5%, resulta «*la multa que hace compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad*»? Tampoco se sabe.

Más aún: es imposible saberlo sin conocer (i) **cuál es** el beneficio ilícito, y (ii) **con qué criterio de proporcionalidad**-y-disuasión opera la *Resolución*, que no aparecen por ninguna parte. De hecho, yo mismo, que formo parte de la SALA, los ignoro.

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* afirman poseer un método para realizar la «*estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido de la conducta*» (Vid. Pág. 12). Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace mucho tiempo, aún no he conseguido verlo. En consecuencia, con la presente *Resolución* ***nadie*** –ni los administrados, ni sus

representantes legales ni yo mismo, que formo parte de la SALA– puede llegar a saber por qué el porcentaje sancionador *«debe fijarse en el 5%»* (énfasis añadido).

Esa situación no la considero aceptable. No me parece razonable que el administrado no pueda saber, a través de la propia *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra cualquiera. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **no** comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta en sucesivos votos particulares, comenzando en el *Expte. S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, **al que remito**.

En mi opinión, es posible resolver de forma que el administrado conozca, a través de la propia *Resolución*, no sólo por qué ha sido sancionado, sino también por qué lo ha sido con una multa específica y no otra cualquiera. Huelga decir que no me refiero a detallar en la *Resolución* los cálculos precisos que dan lugar a las multas, pues eso *ni tiene razón de ser ni hace falta en absoluto*. Me refiero a la necesidad de mostrar a los administrados el *iter argumentativo*. En mi opinión, tanto ellos como sus representantes tienen derecho a conocer, no sólo el cuánto, sino también **el porqué** de la **específica** multa que se impone.

SEGUNDO.- En el *Expediente 646/08 AXION/ABERTIS* que da origen a la ejecución de la STS que ahora nos ocupa, la empresa fue considerada responsable de haber infringido la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Sobre esa base, el TS ordena a la CNMC determinar el importe de la multa *«ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de [esa] Ley»*, que dice lo siguiente: *« [...] cuantía que [...] hasta el 10% del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal»*.

Durante la vigencia de esa Ley, la expresión *«volumen de ventas»* parece haber sido generalmente interpretada como refiriéndose al volumen de ventas **en el mercado afectado por la infracción**. En ese sentido podría leerse, entre otros, el siguiente texto del propio TS (Sentencia de 11 de Noviembre de 2009 de Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Rec. No. 1246/2006, énfasis añadido):

« [...] la coherencia con el mercado en el que se produce [la infracción] exige considerar no todo el mercado liberalizado (que comprende además las publicaciones periódicas, paquetería, mensajería y exprés) sino exclusivamente los servicios de correo local porque a ellos es a los que [...] afecta la conducta prohibida [...]. En este sentido, la prueba documental [...] evidencia que la dimensión del mercado a considerar es la mitad de aquél que tuvo en cuenta la resolución sancionadora [...] por lo que, coherentemente con ello, procede reducir la sanción a la mitad.»

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que sucedió a la Ley 16/1989, cambió la expresión *«volumen de ventas»* por *«volumen de negocios total de la empresa»*. Este cambio, **al haber incorporado específicamente el término «total»**, generó una profunda polémica interpretativa acerca de si ello implicaba que la base de las multas impuestas por la Autoridad de Competencia definitivamente pasaba a ser *todo* el ingreso de la empresa, incluyendo el obtenido de actividades no afectadas por la infracción.

La polémica tenía buenas razones en las que sustentarse: Por un lado, el hecho de que la frase «*volumen de negocios total de la empresa*» es un puro pleonismo, unido a consideraciones de estricta Teoría Económica y a que durante la vigencia de la Ley 16/1989 el *ingreso afectado* se había utilizado como base de cálculo, sirvieron de soporte doctrinal para sostener que procedía seguir utilizando esa base. Por otro lado, el hecho de que *aun conociendo esos extremos* el legislador insistió en incorporar el término *total*, sirvió de soporte doctrinal para sostener que incuestionablemente la base debía ahora extenderse a la totalidad de los ingresos de la empresa, los afectados más los no afectados por la infracción. El TS (Sentencia de 29 de enero de 2015, RC No. 2872/2013) optó por interpretar que la expresión «*volumen de negocios total de la empresa*» de la Ley 15/2007 se refiere a la totalidad de los ingresos, por la exclusiva razón de que, no apreciando en ella motivos de inconstitucionalidad, la voluntad del legislador prevalece sobre las demás consideraciones:

«Se han puesto de relieve ciertas consecuencias 'disfuncionales' de esta opción legislativa, como serían, entre otras, el suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo a la creación de [empresas] que incluyan actividades diversificadas. Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos bastan para negar la validez de la opción del legislador, cuya expresión en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 estimamos ha de ser interpretada en el sentido que acabamos de exponer». [Énfasis añadido.]

Pues bien, desde ese momento, no hay duda: la expresión «*volumen de negocios total de la empresa*» del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 significa que la base de cálculo (a la que debe aplicarse el porcentaje sancionador derivado de los Arts. 63 y 64 de esa Ley) es la suma de los ingresos obtenidos por la empresa tanto en las actividades afectadas por la infracción como en las no afectadas por ella.

Mi duda es la siguiente: La *Resolución* aplica esa base al caso que nos ocupa, pero ¿puede hacerse eso con relación al Artículo 10 de la Ley 16/1989 que no fue objeto de casación? Lo fue la expresión «*volumen de negocios total de la empresa*» del Art. 63.1 de la Ley 15/2007, no la expresión «*volumen de ventas*» del Art. 10 de la Ley 16/1989. De modo que, en principio, es sobre aquél y no sobre éste (que durante su vigencia no parece haber sido objeto de igual disputa judicial), que se ha pronunciado el TS. Y si se hace, ¿en qué posición queda la empresa en relación con aquellas otras que sí fueron sancionadas bajo la Ley 16/1989 con la interpretación «*volumen de ventas*»= *volumen de ventas en el mercado afectado*?

Si expongo este asunto como «duda» es porque no sé la respuesta, y así lo he planteado a la SALA. La mayoría con cuyos votos se ha aprobado la *Resolución* no ha mostrado interés por deliberar acerca del asunto. No siendo jurista, no descarto que carezca de interés deliberativo. Pero la contrapartida de no haberlo abordado es que para mí continúa siendo una preocupación porque la multa a fortiori es muy diferente en cada caso. De hecho, si la base son las ventas durante 2008 en el mercado afectado por la infracción (50.982.733 euros) y no las ventas en cualesquiera mercados donde actúa la empresa (tanto los que están afectados por la infracción como los que

no lo están, 374.350.000 euros), y siguiendo lo que parece decir el TS en su Sentencia de 11 de Noviembre de 2009, Rec. No. 1246/2006, entonces –y con independencia del porcentaje sancionador que se aplique– la sanción debe ser reducida en un 86´4%.

Vuelvo a señalar que ignoro la respuesta jurídicamente correcta a la duda aquí expuesta, pues ha tropezado con el silencio y yo no soy jurista. En esas condiciones, representa para mí una preocupación adicional a lo expuesto en el Apartado PRIMERO, y por todo ello no tengo el *convencimiento necesario* para, *en conciencia*, respaldar la presente *Resolución*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio y firmo en Madrid, a 28 de septiembre de 2016.