

**RESOLUCIÓN DE INCIDENTE DE VIGILANCIA**  
**(Expte. VS/0646/08 AXION/ABERTIS)**

**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

**Presidente**

D. José María Marín Quemada

**Consejeros**

D. Josep María Guinart Solà

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

**Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 20 de octubre de 2016.

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución cuyo objeto es la vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones del Consejo de la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 19 de mayo de 2009 recaída en el expediente 646/08 AXION/ABERTIS, y de 30 de marzo de 2011 recaída en el expediente 2748/06 AXION/ABERTIS II.

**ANTECEDENTES**

1. En relación al expediente **646/08 AXION/ABERTIS** (expte.2644/05 de la Dirección de Investigación de la CNC), el 18 octubre de 2005 se recibió en el entonces Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) escrito de Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (actualmente Axióon Infraestructuras De Telecomunicaciones S.A., en adelante Axióon) por el que se formulaba denuncia contra Abertis Telecom, S.A.U (en adelante Abertis<sup>1</sup>), por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el artículo 82 del entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), consistentes en la realización de prácticas abusivas con objeto de impedir la entrada del denunciante en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual.

---

<sup>1</sup> Actualmente Cellnex Telecom S.A.

Por Resolución de 19 de mayo de 2009, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (Consejo de la CNC)<sup>2</sup>, 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 contratos firmados en 2006, y establecer una excesiva duración de los contratos con VEO TV en 2006 y con SOGECABLE, TELECINCO y NET TV en 2008, con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.

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

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

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

**SEXTO.-** Imponer a ABERTIS TELECOM SAU en el marco de los contratos celebrados con VEO TV el 13 de marzo de 2006, con NET TV el 23 de enero de 2008, con TELECINCO el 24 de enero de 2008 y con SOGECABLE el 7 de marzo de 2008, para la prestación del servicio portador de la señal de sus programas de TDT de ámbito nacional, el deber de reconocer a cada uno de estos operadores de televisión el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato. Este derecho podrá ser ejercitado por el operador de televisión, mediante el preaviso que se pacte y, en defecto de pacto, con tres meses de antelación, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, tanto para resolverlo por completo o para la totalidad del territorio nacional, como para resolverlo de forma parcial o para una o varias de las placas regionales.

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

---

<sup>2</sup> Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Consejo de la CNMC), desde entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**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.”*

2. Respecto al expediente **2748/06 AXION/ABERTIS II**, en el marco del expediente 646/08 AXION/ABERTIS (expte.2644/05), con fecha 20 de diciembre de 2006 se recibió en el SDC nuevo escrito de denuncia de Axió contra Abertis por una supuesta conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en la oferta por parte de Abertis de ampliaciones de servicios con precios predatorios con el fin de excluir a Axió o cualquier otro competidor del mercado. Según la denuncia, esta conducta se habría traducido en ofertas presentadas por Abertis a las sociedades concesionarias del servicio público de televisión digital terrestre (TDT) de ámbito nacional, para la ampliación progresiva de la cobertura de este servicio sin incremento de precio respecto de los servicios ya prestados por Abertis a estos radiodifusores para la cobertura del 80% de la población española.

Con fecha 21 de diciembre de 2006, el SDC dedujo testimonio del escrito de Axion, acordando abrir un procedimiento de información reservada bajo la **referencia 2748/06**, al estimar que la nueva denuncia de Axió reseñaba de posible existencia de nuevos hechos que no podían ser analizados en el marco del repetido expediente 2644/05.

Por **Resolución de 30 de marzo de 2011**, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (Consejo de la CNC), acordó:

**“PRIMERO.-** *Declarar que la conducta de ABERTIS TELECOM S.A.U. objeto del presente expediente ya ha sido sancionada por constituir una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE en la Resolución de la CNC de 19 de mayo de 2009 recaída en el expediente 646/08.*

**SEGUNDO.-** *Interesar de la Dirección de Investigación que extienda la vigilancia de la citada Resolución de 19 de mayo de 2009 a las cláusulas de los contratos analizados en el presente expediente por constituir parte de la conducta ya sancionada, en particular en lo que hace referencia al Resuelve Quinto de dicha Resolución”.*

3. Abertis interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 19 de mayo de 2009 (nº 333/2009) solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma, que fue concedida por la Audiencia Nacional mediante Auto de 15 de enero de 2010, exclusivamente en cuanto a la multa.
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 Abertis contra la Resolución de 19 de mayo de 2009. Contra ella se interpuso recurso de casación (2064/2012).

5. Mediante Sentencia de 23 de abril de 2015 el Tribunal Supremo casó la Sentencia de la Audiencia Nacional, estimando parcialmente el recurso presentado por Abertis. 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”.*

Con fecha 29 de septiembre de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Resolución en ejecución de la anterior sentencia del Tribunal Supremo, acordando imponer una multa de 18.717.500 euros a CELLNEX TELECOM, S.A., nueva denominación de Abertis (en adelante Cellnex).

6. Con fechas 21 de julio y 17 de noviembre de 2015, Axió presentó ante la CNMC escrito de alegaciones solicitando al Consejo de la CNMC que *“resuelva adoptando una medida alternativa al reconocimiento del derecho de los operadores de televisión a la resolución de sus contratos con objeto de remover los efectos anticompetitivos de las conductas sancionadas (...)*”
7. Con fecha 12 de abril de 2016, la DC emitió Propuesta de Informe de Incidente de Vigilancia. Dicha propuesta de Informe fue notificada a Axió el día 15 de abril y a Cellnex el día 18 de abril de 2016 (folios 898 y 900).
8. Con fecha 28 de abril de 2016, Cellnex presentó en la CNMC escrito de

- alegaciones en el que manifestaba su conformidad con lo argumentado en la Propuesta de Informe emitido por la DC (folios 903 y 904). Con fecha 9 de mayo de 2016, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de Axión (folios 905 a 919), presentando además escrito complementario a estas alegaciones con fecha 18 de agosto 2016.
9. Con fecha 19 de mayo de 2016, la DC realiza un requerimiento de información a los radiodifusores clientes de Cellnex que han renovado anticipadamente sus contratos. Las contestaciones a dicho requerimiento se producen en las siguientes fechas:
- Mediaset España Comunicación S.A: 3 de junio de 2016 (folios 954 y 955)
  - Sociedad Gestora de Televisión NET TV S.A: 6 de junio de 2016 (folios 959 y 960)
  - Atresmedia Corporación de medios de Comunicación, S.A: 10 de junio de 2016 (folios 963 a 969)
  - Veo Televisión SAU: 28 de junio de 2016 (folios 976 y 977)
10. Con fecha 20 de julio de 2016, la DC envió el Informe de incidente de vigilancia al Consejo de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), proponiendo al Consejo que declare que no ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de Cellnex que había sido denunciado por Axión. Asimismo la DC propone al Consejo que valore la conveniencia de analizar las propuestas realizadas por Axión.
12. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 20 de octubre de 2016.
13. Son interesados:
- Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (Axión)
  - CELLNEX TELECOM, S.A. (anterior ABERTIS TELECOM S.A.U.)

## HECHOS

Las conductas objeto de este expediente de vigilancia han sido valoradas por esta Sala partiendo de los siguientes hechos puestos de manifiesto por la Dirección de Competencia de la CNMC durante la tramitación del mismo.

### 1. LAS PARTES

Son partes en este expediente:

**CELLNEX TELECOM, S.A.** (antes ABERTIS TELECOM S.A.).

CELLNEX TELECOM, S.A., anteriormente Abertis Telecom, S.A., es una empresa que cotiza en bolsa en España y que previamente a su salida al mercado bursátil era una filial al 100% de Abertis Infraestructuras, S.A. El capital social de CELLNEX, según

información publicada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, está repartido entre Abertis Infraestructuras, S.A. (34%), diversos accionistas institucionales con participaciones individuales que no superan el 10% y otros accionistas minoritarios. CELLNEX dispone del 100% de Retevisión I, S.A. y Tradia Telecom, S.A., así como de una participación del 41,8% en Torre de Collserola, S.A. CELLNEX, a través de sus dos filiales, dispone de una red digital de transporte y difusión de señales audiovisuales de cobertura nacional, con más de 3.200 emplazamientos que le permiten prestar servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual con tecnología digital a las cadenas de radio y de televisión de ámbito nacional, así como a las cadenas de radio y televisión autonómicas y locales dentro de diversas Comunidades Autónomas. Asimismo, gran parte de esta red proviene de la antigua red monopolística de difusión de Retevisión. CELLNEX también tiene una importante actividad en la gestión de torres de comunicaciones móviles en España, Italia, Holanda y Reino Unido.

ABERTIS es el primer grupo de infraestructuras de transporte y comunicaciones de Europa y líder en España en la gestión de infraestructuras. Con capitalización bursátil de 13.592 millones de euros, a cierre de 2015 y más de 15.000 empleados, el grupo ABERTIS está formado por más de 60 empresas que operan en los sectores de autopistas, infraestructuras de telecomunicación, aeropuertos, aparcamientos y desarrollo de plataformas logísticas.

#### **AXION INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES S.A.**

AXION es una sociedad dedicada a la difusión de señales audiovisuales y a la explotación de servicios de telecomunicaciones, que nace de la fusión, en 2005, de Red de Banda Ancha de Andalucía, empresa concebida para efectuar la difusión de las señales de la radio y televisión de Andalucía, en asociación con Sandetel y las Cajas de Ahorro de Andalucía y Medialatina, empresa de ámbito nacional, que adquirió la red de radiodifusión de la Cadena Ser. Controla una red de transporte y difusión de señales, alternativa a la de ABERTIS en el área de Andalucía y es operador habilitado para prestar el servicio soporte para el transporte y la difusión terrestre de la señal audiovisual. Es filial al 65% de Television de France (TDF), cuyos principales accionistas son el fondo privado de inversión Texas Pacific Group en un 42%, La Caisse des Dépôts, institución financiera pública del Estado francés, en un 24%, el grupo AXA a través de AXA Private Equity en un 18% y Charterhouse Capital Partners en un 14%.

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

## **2. DENUNCIA PRESENTADA POR AXIÓN.**

Como ya se ha señalado en los antecedentes de la presente resolución, Axión, con fechas 21 de julio (folios 236 a 244) y 17 de noviembre de 2015 (folios 263 a 271), presentó ante la CNMC escrito de alegaciones en el presente expediente de vigilancia.

Tal y como se recoge en el Informe de la DC, en dichos escritos Axión manifestaba que *“a pesar de que el mercado afectado, por el lado de la demanda, se ha reducido desde la aprobación del Plan Técnico de TDT nacional aprobado el 19 de septiembre de 2014, existe aún la posibilidad de que el mercado de prestación de los servicios portadores pueda abrirse a la competencia con ocasión de la nueva ventana de oportunidad que se presenta gracias a la inminente adjudicación de nuevas licencias a difusores de televisión digital de ámbito nacional, así como al vencimiento de los contratos correspondientes a las licencias que han venido operando en múltiplex con plazos pactados originalmente a 10 años.”*

Por ello, señala la DC, que Axión manifiesta *“que la CNMC puede aprovechar esta ocasión para remover los efectos producidos con el cierre de mercado, asegurando una libre competencia de conformidad con el espíritu de la Resolución original de la CNC. De acuerdo con la información aportada por Axión<sup>3</sup>, CELLNEX habría procedido a la renovación de los contratos para el transporte de señal de TV con algunos de los principales grupos de comunicación audiovisual españoles, con anterioridad a la fecha de terminación natural, y sin que medie, por tanto, la oportunidad de presentar una oferta por parte de los operadores alternativos, con el propósito de perpetuar la cautividad de dichos clientes”*.

### **3. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA DC EN EL EXPEDIENTE DE VIGILANCIA VS/0646/08 AXION/ABERTIS.**

Por su parte, la DC en el informe elevado a esta Sala señala las siguientes actuaciones en su labor de vigilancia respecto al cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 19 de mayo de 2009:

- 1) PUBLICACIONES

*Las publicaciones ordenadas en el dispositivo séptimo se llevaron a cabo el 29 de marzo de 2010 en los periódicos La Razón y Público.*

- 2) ABSTENCIÓN DE FUTURO

*En relación al dispositivo quinto, mediante escrito de 27 de marzo de 2014 Abertis aportó a requerimiento de la Dirección de Competencia:*

- ✓ *el nuevo **contrato suscrito con fecha 7 de octubre de 2013** con ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. y RETEVISIÓN I, S.A (que engloba y sustituye a los formalizados en su día por Antena 3 Televisión y La Sexta), de cuya lectura se deduce que efectivamente no recoge ninguna de las cláusulas que se consideraron abusivas por parte de la CNC en el expediente objeto de vigilancia.*
- ✓ *copia de los distintos contratos en vigor con los otros operadores nacionales privados, contratos que, por otra parte, ya constaban en el expediente al no haber sufrido ninguna modificación. En concreto:*
  - (i) *Contrato suscrito entre GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. y RETEVISIÓN I, S.A. con fecha 24 de enero de 2008.*

---

<sup>3</sup> que acredita con la noticia <https://www.cellnextelecom.com/noticia-10/>.

*(ii) Contrato suscrito entre VEO TELEVISIÓN, S.A. y RETEVISIÓN I, S.A. con fecha 13 de marzo de 2006, y su addenda de fecha 29 de marzo de 2007.*

*(iii) Contrato suscrito entre SOGECABLE, S.A. y RETEVISIÓN I, S.A. con fecha 7 de marzo de 2008.*

*(iv) Contratos suscritos entre SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A. y RETEVISIÓN I, S.A. con fecha 23 de enero de 2008.*

*En su escrito manifiesta Abertis respecto de estos contratos que “hay que tener en consideración que, desde la fecha de la Resolución y por efecto de la misma, las cláusulas consideradas controvertidas devinieron ineficaces, razón por la que ABERTIS en ningún momento ha pretendido invocarlas o hacerlas valer ante GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., VEO TELEVISIÓN, S.A., SOGECABLE, S.A. o SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A. y, por otra parte, ninguno de los citados operadores ha planteado cuestión alguna respecto de las mismas.*

*Por otro lado, cuando ha sido preciso suscribir nuevos contratos para la prestación del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual, como es el caso del contrato suscrito con ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., se ha incorporado el tenor de la Resolución y no se han recogido las cláusulas que fueron consideradas anticompetitivas por la misma. Y así ocurrirá respecto de los nuevos contratos que ABERTIS firme con los operadores de televisión de ámbito nacional para la prestación del servicio de transporte y difusión de la señal de televisión digital terrestre, que previsiblemente serán próximamente objeto de renegociación.”*

Además, la DC ante los hechos denunciados por Axión y con el fin de verificar el efectivo cumplimiento del dispositivo quinto de la citada Resolución de 19 de mayo de 2009, con fecha 8 de enero de 2016, ha estimado necesario solicitar información en relación al contenido de los hechos denunciados tanto a Cellnex como a Axión.

Asimismo, con fecha 13 de enero de 2016 la DC ha dado traslado a la Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual de la CNMC de las manifestaciones de Axión en los términos expuestos, con el fin de solicitar de dicha Dirección información sobre las renovaciones contractuales de Cellnex, así como un análisis acerca de las circunstancias en las que se hubieran, en su caso, producido las renovaciones anticipadas de los contratos que vinculan a los operadores de televisión con Cellnex, con el fin de determinar si dichas circunstancias pueden suponer una réplica de la situación de cautividad propiciada por las conductas abusivas de Cellnex sancionadas en las mencionadas Resoluciones, y por lo tanto, un incumplimiento del dispositivo que ordena no incurrir en dichas prácticas en el futuro.

De lo todo lo anterior, y como se recoge en el Informe de incidente de vigilancia emitido por la DC, se desprende lo siguiente:

➤ De la información remitida por parte de Cellnex y Axión se deduce:

**A) Desde el punto de vista regulatorio** se han producido los dos siguientes hechos relevantes que han generado la necesidad para los radiodifusores nacionales de suscribir nuevos contratos para la prestación del servicio portador soporte de la señal de televisión digital terrestre (“TDT”). Se trata de los siguientes:

(i) Aprobación del Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del dividendo digital ("PTNTDT").

Según la Exposición de Motivos del Real Decreto 805/2014, se considera necesario revisar la normativa reguladora de la TDT por diversas circunstancias desarrolladas en dicha Exposición<sup>4</sup>. Como consecuencia de ello:

*"se establece en la presente norma que el servicio de televisión digital terrestre se preste mediante ocho múltiples digitales para las emisiones de cobertura estatal y autonómica, cuya planificación de canales radioeléctricos se recoge en el plan técnico que se aprueba mediante el presente Real Decreto.*

*Seis de dichos múltiples digitales (RGE1, RGE2, MPE1, MPE2, MPE3 y MAUT) previstos en el plan técnico que se aprueba están basados en los correspondientes múltiples digitales que ya estaban en servicio. Por su parte, se incluye en el Plan dos nuevos múltiples digitales MPE4 y MPE5 de cobertura estatal.*

*En el caso de la Corporación Radio y Televisión Española, se reserva para su explotación por el servicio público de cobertura nacional, la capacidad del múltiple digital RGE1 y dos terceras partes del múltiple digital RGE2. La capacidad restante del múltiple digital RGE2 será adjudicada mediante el procedimiento de concurso legalmente previsto.*

*Los titulares de licencias del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal utilizarán la capacidad de transmisión de los múltiples digitales de cobertura estatal que resulta necesaria para explotar los canales de televisión a que les habilitan sus licencias, en concreto, accederán a la capacidad de transmisión de los múltiples digitales MPE1, MPE2, MPE3 y tres cuartas partes del múltiple digital MPE4. El resto de la capacidad del múltiple MPE4 y la capacidad del múltiple MPE5 se destina a nuevas licencias audiovisuales que serán adjudicadas mediante el procedimiento de concurso legalmente previsto".*

(ii) Convocatoria del concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal.

**Con fecha 18 de abril de 2015, se publica en el Boletín Oficial del Estado, núm. 93, la Resolución de 17 de abril de 2015 de la Secretaría de Estado de**

---

<sup>4</sup> Entre otras, la Decisión n.º 243/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por la que se establece un Programa Plurianual de Política del Espectro Radioeléctrico, que establece en su artículo 6.4 que los Estados miembros deberán garantizar que la banda del dividendo digital esté disponible para servicios de comunicaciones electrónicas antes del 1 de enero de 2013; y, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo con fecha 27 de noviembre de 2012, en la que declara la nulidad del Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, por el que se asigna un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal (con posterioridad, mediante Auto de 18 de diciembre de 2013, dicha sala acuerda, entre otras cuestiones, que debía de cesar la emisión de los nueve canales no comprendidos en los acuerdos de Consejo de Ministros de 28 de mayo y 11 de junio de 2010 de transformación de concesiones en licencias, en aplicación de lo dispuesto por la Ley General de Comunicación Audiovisual). El cese de la emisión de dichos nueve canales se ha producido con fecha 6 de mayo de 2014.

**Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información**, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015, por el que se aprueba el pliego de bases del concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal y se convoca el correspondiente concurso para su adjudicación.

Los interesados en participar en el Concurso dispusieron hasta el día 28 de mayo de 2015 para presentar sus ofertas para la adjudicación de las licencias referidas en el párrafo anterior (tres para la emisión de televisión en alta definición (HD) y las tres restantes para la emisión de televisión en calidad estándar (SD)); oferta que debía incluir, entre otros extremos, una propuesta técnica, con el plan de cobertura radioeléctrica. Según el Pliego, forma parte de este plan la descripción de la red de transporte y difusión de señales a utilizar por el licitador.

Con fecha 28 de octubre de 2015, se publica en el Boletín Oficial del Estado, núm. 258, la **Resolución de 26 de octubre de 2015 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información**, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se resuelve el concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal.

Conforme al Acuerdo de Adjudicación, se otorgan las siguientes licencias de comunicación audiovisual televisiva:

<b>RGE1</b>	<b>RGE2</b>	<b>MPE1</b>	<b>MPE2</b>	<b>MPE3</b>	<b>MPE4</b>	<b>MPE5</b>
Grupo RTVE	Grupo RTVE	Net TV	Grupo Atresmedia	Grupo Mediaset	Grupo Atresmedia	<b>Real Madrid Club de Fútbol</b>
Grupo RTVE	Grupo RTVE	Net TV	Grupo Atresmedia	Grupo Mediaset	Grupo Mediaset	<b>Grupo Mediaset España</b>
Grupo RTVE	<b>Radio Blanca S.A</b>	Veo Televisión	Grupo Atresmedia	Grupo Mediaset	Grupo Mediaset	<b>Grupo Atresmedia</b>
Grupo RTVE	<b>Central Broadcaster Media SLU</b>	Veo Televisión	Grupo Atresmedia	Grupo Mediaset	<b>13TV S.A</b>	

**\*en negrita las nuevas licencia otorgadas**

B) La proximidad de la fecha de terminación de los contratos suscritos entre Retevisión I, S.A.U (Retevisión) y Gestevisión Telecinco, S.A., VEO Televisión, S.A. , Sogecable, S.A. y Sociedad Gestora de Televisión NET, S.A. (copia de los cuales fue entregada a la Dirección de Competencia según se ha mencionado anteriormente), así como la aprobación del PTNTDT, generaron la necesidad en los radiodifusores nacionales existentes, antes de la convocatoria del Concurso, de

suscribir nuevos contratos para la prestación del servicio portador soporte de la señal de TDT.

*En el marco de la relación comercial y contractual existente entre Retevisión y Veo, Net y Mediaset España Comunicación, S.A. (gestora de los canales de televisión anteriormente operados por Gestevisión Telecinco, S.A. y Sogecable, S.A.) se suscribieron entre dichas partes nuevos contratos para la prestación del servicio portador soporte de la señal de TDT de ámbito nacional.*

*Los **nuevos contratos suscritos con Net, Veo y Mediaset** no incluyen ningún tipo de cláusula abusiva y reflejan las incluidas en el Contrato suscrito entre Retevisión y Atresmedia con fecha 7 de octubre de 2013, sin perjuicio de las especialidades pertinentes para cada operador.*

*En relación con Atresmedia, con fecha 28 de julio de 2014, se firmó una addendum al citado contrato, entre otros, para adaptarlo al proyecto de PTNTDT existente en dicho momento (y a la vista del fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 que anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 por el que se asigna un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal, lo que supuso la pérdida de tres canales de titularidad de Atresmedia<sup>5</sup>). El citado addendum se notificó asimismo a la CNMC con fecha 1 de agosto de 2014.*

*Los nuevos contratos suscritos por Retevisión con Net, Veo y Mediaset, así como el Addendum correspondiente a Atresmedia, fueron debidamente notificados a la CNMC, en cumplimiento de las obligaciones impuestas a Cellnex, en tanto que operador con poder significativo de mercado, en virtud de la Resolución Mercado 18. En concreto, las notificaciones se realizaron en las siguientes fechas:*

*(i) El día **1 de julio de 2015** Retevisión comunica a la CNMC el contrato firmado con **Veo el día 23 de junio de 2015**, para la prestación del servicio portador de televisión por un plazo de 5 años desde el día 1 de enero de 2016, adjuntando copia del mismo.*

*(ii) El día **21 de enero de 2015**, Retevisión comunica a la CNMC el contrato firmado con **Mediaset el día 19 de diciembre de 2014**, para la prestación del servicio portador de los programas de TDT de ámbito nacional por un plazo de cinco años, adjuntando copia del mismo.*

*(iii) El día **29 de junio de 2015**, Retevisión comunica a la CNMC el contrato firmado con **Net el día 11 de junio de 2015**, para la prestación del servicio portador de televisión por un plazo de 5 años desde el día 1 de julio, adjuntando copia del mismo.*

*(iv) El día **1 de agosto de 2014**, Retevisión comunica a la CNMC el **addendum de 28 de julio de 2014** al contrato de fecha 7 de octubre de 2013 suscrito entre Retevisión y Atresmedia, adjuntando copia del mismo.*

*C) Retevisión ha sido adjudicataria de un contrato para prestar los servicios de emisión y soporte de la TDT de la Corporación Radio Televisión Española, adjudicado por Corporación de **Radio y Televisión Española, S.A. con fecha 31 de***

---

<sup>5</sup> Esta pérdida también la sufrió Mediaset, razón que también motiva la suscripción del nuevo contrato de 19 de diciembre de 2014.

**diciembre de 2014**, previa tramitación del correspondiente proceso de contratación aplicable a la Corporación RTVE como sociedad estatal pública.

Este contrato fue notificado inicialmente a la CNMC con fecha 21 de enero de 2015, adjuntando copia del mismo firmado por la Corporación RTVE. Con fecha 13 de febrero de 2015, Retevisión volvió a notificar el contrato, adjuntándolo nuevamente, con la firma de ambas partes. Todo ello, en cumplimiento de las obligaciones impuestas a Cellnex, en tanto que operador con poder significativo de mercado, en virtud de la Resolución Mercado 18.

D) Como resulta del número (ii) de la letra A) anterior (convocatoria de concurso público), como consecuencia del Acuerdo de Adjudicación, se han otorgado seis nuevas licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual televisiva de ámbito nacional. Los adjudicatarios fueron Radio Blanca, S.A., Central Broadcaster Media, S.L.U., 13 TV, S.A., Real Madrid Club de Fútbol, Mediaset y Atresmedia.

Retevisión ha suscrito contratos para la prestación del servicio portador de la señal de TDT con los siguientes nuevos radiodifusores:

(i) Contrato suscrito con **Radio Blanca con fecha 27 de mayo de 2015** (antes de la presentación de las ofertas para participar en el procedimiento de licitación convocado con fecha 18 de abril de 2015, condicionándose su eficacia a la adjudicación de una de las licencias licitadas a favor de Radio Blanca) para la prestación del servicio portador de la señal de TDT. La firma de este contrato fue notificada a la CNMC con fecha 19 de octubre de 2015, adjuntando copia del mismo.

(ii) Contrato suscrito con **Real Madrid Club de Fútbol con fecha 27 de mayo de 2015** (antes de la presentación de las ofertas para participar en el procedimiento de licitación convocado con fecha 18 de abril de 2015, condicionándose su eficacia a la adjudicación de una de las licencias licitadas a favor de Real Madrid Club de Fútbol) para la prestación del servicio portador de la señal de TDT. La firma de este contrato fue notificada a la CNMC con fecha 19 de octubre de 2015, adjuntando copia del mismo.

(iii) Contrato suscrito con **Central Broadcaster con fecha 27 de julio de 2015** (antes del Acuerdo de Adjudicación, condicionándose su eficacia a la adjudicación de una licencia de las licencias licitadas a favor de Central Broadcaster) para la prestación del servicio portador de televisión. La firma de este contrato fue notificada a la CNMC con fecha 19 de octubre de 2015, adjuntando copia del mismo.

(iv) Contrato suscrito con **13TV con fecha 25 de septiembre de 2014** (después de la entrada en vigor del PTNTDT, que ya preveía la convocatoria del Concurso, condicionándose su eficacia a la adjudicación de una licencia de las licencias licitadas a favor de 13TV). La firma de este contrato fue notificada a la CNMC con fecha 2 de octubre de 2014, adjuntando copia del mismo.

Estos nuevos cuatro contratos reflejan las cláusulas incluidas en el Contrato suscrito entre Retevisión y Atresmedia con fecha 7 de octubre de 2013 y por tanto no incluyen ningún tipo de cláusula abusiva.

*La adjudicación de licencias a favor de Mediaset y Atresmedia no ha dado lugar a la firma de ninguna addenda o contrato adicional para la prestación del servicio portador de la señal de TDT distinto de los identificados anteriormente.*

*Los contratos suscritos con Radio Blanca, 13TV, Central Broadcaster y RMCF fueron debidamente notificados por Retevisión a la CNMC en cumplimiento de las obligaciones impuestas a Cellnex, en tanto que operador con poder significativo de mercado, en virtud de la Resolución Mercado 18. Así lo ha confirmado, como se expondrá más adelante la propia CNMC.*

*E) El siguiente cuadro ilustra, a modo de conclusión, los contratos suscritos por Retevisión:*

<b>RADIODIFUSOR</b>	<b>FECHA FIRMA</b>
ATRESMEDIA (ADENDUM)	28 JULIO 2014
13 TV	25 SEP 2014
MEDIASET	19 DIC 2014
RTVE	31 DIC 2014
NET	11 JUNIO 2015
VEO	23 JUNIO 2015
RADIO BLANCA	27 MAYO 2015
RMCF	27 MAYO 2015
CENTRAL BROADCASTER	27 JULIO 2015

*F) Axión, según manifiesta la propia empresa, “intensificó” durante los años 2014 y 2015 los contactos con los radiodifusores nacionales privados, al objeto de ofrecer sus servicios para el momento en que volviera a abrirse una nueva “ventana de oportunidad”.*

*En relación con la adjudicación de programas en el RGE2, MPE4 y MPE5, se han mantenido contactos tanto previos, como posteriores a las adjudicaciones, en concreto:*

- ✓ con Veo TV y Vocento: 24/07/2015,
- ✓ con KISS TV: 22/04/2015, 27/07/2015 y 6/10/2015,
- ✓ Grupo Secuoya 28/07/2015,
- ✓ PRISA TV 29/10/2015,

*y las principales conclusiones de estos contactos fueron que, de ser adjudicatarios de un programa SD (para emisiones standard, sin alta definición) esperaban su incorporación progresiva a los múltiples ya existentes, en las condiciones a las que estén sujetos dada la vinculación programa/multiplex (MUX), y si la adjudicación se producía en el MPE5 (para emisiones en alta definición), estaría condicionado al rápido despliegue que permitía estar ya encendido con portadora de señal.*

*En cuanto a Kiss TV y el Grupo Secuoya, nuevos entrantes en el RGE2 tras la reciente adjudicación de canales, ambos se mostraron interesados en los servicios de proveedores alternativos, pero manifestaron que inicialmente deseaban conocer de la situación de los contratos vigentes de RTVE con CELLNEX.*

*Por su parte, los dos principales adjudicatarios en el MPE5 (Tele 5 y Atresmedia), con emisiones operativas, comunicaron a Axión que en sus propuestas de licitación a las nuevas licencias incluyeron como mejora técnica un despliegue más rápido que el mínimo establecido en la licitación; despliegue más rápido a realizar sobre la red de CELLNEX. En este sentido, es una opción no replicable por ningún operador alternativo en la medida en que el Operador histórico ya tiene desplegada en su totalidad una red de transmisores de TDT emitiendo el nuevo MPE5 con carta de pruebas según la asignación provisional de encendidos de transmisores en los canales UHF que llevó a cabo la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ("SETSI") en octubre de 2014.*

*En este proceso específico de encendido de centros emisores y ocupación provisional de canales UHF del múltiplex MPE5, Axión participó solicitando el encendido en los centros de TDT de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sin embargo SETSI no otorgó la globalidad de la petición de Axión, asignando los centros principales de la región (así como el resto de centros difusores en toda España) a CELLNEX, lo cual hizo que Axión retirara su propuesta de encendido provisional y ocupación de canales UHF en pruebas al carecer de sentido dada la decisión de SETSI de no permitir las emisiones desde los centros principales que dan cobertura a las capitales de provincia.*

*Es de remarcar que esta asignación de encendidos de SETSI realizada un año antes condicionó, por tanto, la posterior adjudicación de las licencias de difusión de los operadores comentados en el múltiplex MPE5 ya que el concurso valoraba los tiempos de despliegue, los cuales solamente el operador histórico, CELLNEX, podía cumplir.*

*G) En el mercado de difusión de TDT nacional, CELLNEX opera todos los multiplex nacionales (públicos y privados) en todo el ámbito geográfico definido por SETSI (98% cobertura población múltiplex RGE1 y 96% cobertura población múltiplex privados y RGE2).*

*En los mercados de TDT a nivel Autonómico operan los siguientes:*

- Retegal, en Galicia*
- Itelazpi, en Euskadi*
- Nasertic, en Navarra*
- AST, en Aragón*
- Multimedia Illes Balears, en Baleares*
- Telecom Castilla La Mancha, S.A., en Castilla La Mancha*
- Axión Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A.U. en la Comunidad Autónoma de Andalucía*
- COTA, en Murcia (participada por CELLNEX)*

- *Radio Televisión Valenciana, en la Comunidad Valenciana la red técnica de la antigua RTVV opera en autoprestación el múltiple regional.*
- *CELLNEX, en el resto de comunidades y ciudades autónomas.*

*Por tanto, la explotación de redes de comunicaciones electrónicas portadoras de señal TDT es una actividad donde existen abundantes entidades que normalmente tienen un ámbito geográfico inferior al nacional, pero que tendrían capacidad suficiente para convertirse en alternativa a CELLNEX en el mercado nacional, al menos dando cobertura en cada una de las regiones al operador de televisión nacional.*

*Según el diseño de SETSI, un múltiplex de cobertura nacional se constituye por 75 áreas técnicas independientes radioeléctricamente, constituidas por un centro emisor principal y sus repetidores, que pueden ser perfectamente operadas de forma independiente, sin más que una sincronización de los transmisores adyacentes para minimizar interferencias isofrecuencia destructivas. Es por ello que, Axión ha requerido a SETSI para que publique formalmente los parámetros básicos de cada área técnica, haciendo posible para cualquier operador mantener la transparencia al telespectador que la recepción direccional impone a los servicios de televisión y trasladando a los radiodifusores adjudicatarios de las licencias TDT la confianza en la estabilidad de la recepción de los telespectadores sean cuales sean los proveedores técnicos de redes TDT. Esta solicitud no ha sido atendida por SETSI.*

## **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

### **PRIMERO.- Habilitación competencial**

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC “*vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.*”

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que “*El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia*”, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

### **SEGUNDO.- Objeto de la resolución y valoración por la Dirección de Competencia**

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la vigilancia realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe de

Incidente de Vigilancia de las Resoluciones del Consejo de la CNC de 19 de mayo de 2009 y de 30 de marzo de 2011, si los hechos denunciados por Axión constituyen un incumplimiento por parte de Cellnex, de lo dispuesto en dichas Resoluciones, como sostiene la denunciante o si, por el contrario, como propone la Dirección de Competencia, dicho incumplimiento no ha quedado acreditado.

Como ya se ha anticipado, la Dirección de Competencia propone a esta Sala de Competencia del Consejo que declare que no ha quedado acreditado el incumplimiento denunciado por Axión por parte de Cellnex de lo dispuesto en las citadas Resoluciones del Consejo de la CNC de 19 de mayo de 2009 y de 30 de marzo de 2011.

En su Informe la DC fundamenta esta propuesta en los siguientes términos:

➤ *De la información remitida por parte de la Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual de la CNMC se deduce:*

A) La **duración de los contratos** firmados por Retevisión con las sociedades licenciatarias de televisión de ámbito nacional es en general uniforme, siendo su vigencia de [ $\leq 5$ ] años, con la posibilidad de prorrogar el contrato, a instancias de las sociedades concesionarias de televisión, por [ $\leq 5$ ] años adicionales<sup>6</sup>. La única excepción sería la CRTVE, para la cual se prevé que el contrato, suscrito en el marco de un procedimiento negociado sin publicidad, tendrá una vigencia de veintinueve meses (con una posible prórroga de un año).

La duración de los contratos es por tanto inferior a la valorada en el marco de la Resolución de 19 de mayo de 2009, donde se concluyó que un contrato de 10 años (Veo TV) así como contratos de 8 años con la posibilidad de una prórroga por 4 años adicionales (Sogecable, Telecinco, Net TV) resultaban excesivos.

Por otra parte, los contratos no contemplan de manera expresa penalizaciones por la resolución anticipada de los mismos. La DTSA asume en todo caso que la resolución anticipada de la relación contractual por cualquiera de las partes podría ser susceptible de una reclamación de daños y perjuicios ante los tribunales ordinarios.

Una vez renegociados los contratos ya existentes, así como alcanzados los nuevos acuerdos con las sociedades concesionarias del servicio de televisión que han resultado recientemente adjudicatarias de las correspondientes licencias, Cellnex se ha garantizado la gestión de la totalidad de los 5 múltiples privados y 2 múltiples públicos de ámbito nacional actualmente disponibles.

Esta situación de monopolio en la prestación de servicios de transporte y difusión<sup>7</sup> se mantendrá como mínimo (asumiendo que los clientes no prorrogan sus contratos) hasta el [...] en el caso de la CRTVE, y hasta [...] en el caso de la mayoría de los operadores privados de televisión<sup>8</sup>.

Se adjunta a continuación tabla que recoge los extremos expuestos:

---

<sup>6</sup> En el caso de Net TV no se excluye la posibilidad de que existan prórrogas adicionales.

<sup>7</sup> Los contratos prevén la prestación de servicios por Cellnex "extremo a extremo", incluyendo por consiguiente tanto el servicio de transporte hasta los emplazamientos de Cellnex como el servicio de difusión de la señal de televisión, así como otros servicios complementarios como la multiplexación o la operación física de los múltiples asignados.

<sup>8</sup> Como únicas excepciones, en el caso de Atresmedia y Mediaset los contratos estarán en principio vigentes hasta octubre de 2018 y octubre de 2019, respectivamente.

EMPRESA	DURACION	FECHA FIN CONTRATO	PENALIZACIONES ANTICIPADA	RESCISION
<b>ATRESMEDIA</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de Atresmedia)	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa	
<b>13 TV</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de Canal 13TV)	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa	
<b>MEDIASET</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de Mediaset)	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa	
<b>RTVE</b>	Veintinueve meses + posible prórroga de doce meses	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa	
<b>RMCF</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de Real Madrid)	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa	
<b>RADIO BLANCA</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de Radio Blanca)	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa	
<b>NET TV</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de Net TV). Apartado 3.3 del contrato da pie a la introducción de prórrogas adicionales.	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa. [...]	
<b>VEO TV</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de Veo TV) hasta un máximo de dos prórrogas.	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa. [...]	
<b>CENTRAL BROADCASTER</b>	[≤5] años + posible prórroga de [≤5] años (por exclusiva voluntad de CBM)	[...]	No se contemplan penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de manera expresa	

B) Los contratos no contemplan **descuentos** de manera expresa, en contraposición con las conductas investigadas en las Resoluciones de 19 de mayo de 2009 y 30 de marzo de 2011, donde el hecho de contratar el servicio con Abertis a nivel nacional (y no sólo en algunas placas regionales) o el hecho de contratar la extensión de la cobertura con Abertis daba lugar a importantes reducciones en los precios a abonar por los clientes.

Solamente en el caso de Net TV, se indica que Cellnex repercutirá exclusivamente los costes de inversión en equipos de los 25 primeros servicios de recepción de señal (acceso a la señal de Net TV por terceros) que preste anualmente a este cliente.

Por otra parte, el acuerdo con Canal 13 TV prevé posibles modificaciones en el precio, a fin de tomar en consideración el calendario de despliegue previsto en los concursos convocados a tal efecto hasta alcanzar la cobertura del 96%.

*El contrato con Net TV se refiere a la posibilidad de proceder a un ajuste de los precios en el caso de que Cellnex reduzca el número de centros a partir de los cuales presta los servicios contratados por Net TV.*

*En otro orden de cosas, los contratos incorporan numerosas cláusulas relativas a posibles ajustes de precios, por ejemplo en función de la evolución del IPC; la evolución al alza o a la baja del mercado de la publicidad<sup>9</sup>; o ante procesos de migración de frecuencias, cambios de emplazamiento, innovaciones técnicas, etc.*

*Se adjunta a continuación tabla que recoge los extremos expuestos:*

<b>EMPRESA</b>	<b>DESCUENTOS</b>	<b>COMENTARIOS</b>
<b>ATRESMEDIA</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>13 TV</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>MEDIASET</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>RTVE</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>RMCF</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>RADIO BLANCA</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>NET TV</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>VEO TV</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]
<b>CENTRAL BROADCASTER</b>	No se contemplan descuentos de manera expresa	[...]

La DC a la vista de lo anteriormente expuesto extrae las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar la DC considera que la afirmación de Axión respecto a *"la posibilidad de que el mercado de prestación de los servicios portadores pueda abrirse a la competencia con ocasión de la nueva ventada de oportunidad que se presenta gracias a la inminente adjudicación de nuevas licencias a difusores de televisión digital de ámbito nacional"* no es correcta.

En opinión de la DC el Acuerdo de Adjudicación no dio lugar a ninguna "ventana de oportunidad" por cuanto que en el momento de la adjudicación, los adjudicatarios de las licencias ya tenían que haber decidido si contratarían el servicio portador

<sup>9</sup> Como el caso de Atresmedia.

soporte de la señal de TDT con un tercero, con expresión de la red de transporte y difusión de señales a utilizar por el licitador, tal y como exigía el Pliego. Debido a ello no se ha producido ninguna negociación derivada del Acuerdo de Adjudicación (Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015).

2. Para la DC la "ventana de oportunidad" se presentó en el momento en que se publicó el anuncio de licitación, esto es, el día 18 de abril de 2015, fecha en la que se publica en el Boletín Oficial del Estado, núm. 93, la Resolución de 17 de abril de 2015 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015, por el que se aprueba el Pliego y se convoca el Concurso.

En efecto, según el Pliego, como en todo procedimiento de licitación, la oferta a presentar por los interesados debía incluir una propuesta técnica. Uno de los aspectos que dicha propuesta debía incluir es el plan de cobertura radioeléctrica. Según el propio Pliego:

"El licitador expondrá sus objetivos y estrategia en relación con la cobertura radioeléctrica que, en todo caso, deberá cumplir con lo previsto en el Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, y con los lazos e hitos intermedios establecidos en la base 26.

Para ello, se recogerá una descripción de la red de transporte y difusión de señales que el licitador prevé utilizar y si éste prevé contratar con terceros el servicio de transporte y difusión de señales".

El Pliego asignó una valoración de entre 0 y 20 puntos a este apartado de la propuesta técnica. La inclusión de este contenido, era por tanto, un requisito para poder presentar una oferta completa.

Por tanto, por razón de lo prevenido en el Pliego, las negociaciones para la prestación del servicio portador soporte de la TDT a los futuros nuevos radiodifusores necesariamente tenían que empezar durante la fase de preparación de sus ofertas para participar en el Concurso, y no con posterioridad, una vez adjudicadas las licencias. Y ello, por dos razones: para conocer el coste de este servicio y su impacto en el plan de negocio a incluir en su oferta y para cumplir los requerimientos técnicos exigidos por el Pliego.

En definitiva, considera la DC que el Concurso generó una "ventana de oportunidad". A saber, la que se produjo, no a partir del Acuerdo de Adjudicación, sino entre los días 18 de abril (fecha de publicación del concurso), o incluso antes, desde la aprobación del PTNTDT, y 28 de mayo de 2015 (fecha máxima de presentación de las ofertas). Durante ese período Axión hubiera podido preparar técnicamente su red (lo que al parecer no hizo pues Cellnex manifiesta no haber recibido solicitud alguna al respecto) y realizar su labor comercial para, efectivamente, aprovechar la oportunidad, poniéndose en contacto con los interesados en participar en el Concurso y ofreciendo sus servicios.

Y no habiendo aprovechado Axión la opción de dirigirse a Cellnex para preparar su red, tampoco ha acreditado Axión que haya aprovechado la segunda opción de la que dispone, a saber, entablar negociaciones con los distintos operadores de televisión en orden alcanzar la cobertura nacional a través de las distintas placas regionales en que se subdivide el ámbito geográfico del mercado nacional.

3. En esta ventana de oportunidad que se generó el día 18 de abril de 2015, tan legítimo era que los interesados en licitar se pusieran en contacto con los operadores de red para que les ayudaran a preparar sus ofertas (incluyendo la firma de contratos o precontratos fruto de una negociación), como que los operadores realizaran una labor comercial con los posibles radiodifusores a tales efectos. En definitiva, los interesados en participar en el Concurso tenían absoluta libertad para dirigirse a cualquier operador que preste el servicio portador de la señal de TDT de ámbito nacional para solicitar una propuesta.

Una vez adoptado el Acuerdo de Adjudicación, como en todos los procedimientos de licitación, los adjudicatarios quedan vinculados a las ofertas presentadas y, por tanto, en lo relativo a la prestación del servicio portador soporte de la señal de TDT, a lo señalado sobre esta cuestión en las respectivas ofertas.

El propio Pliego establece que es obligación del licenciataria, entre otras, garantizar la prestación continuada del servicio de televisión con sujeción a las condiciones y compromisos asumidos en su solicitud y que sirvieron de base al otorgamiento de la licencia, refiriéndose a las condiciones y compromisos asumidos en la oferta.

4. Todos los contratos se firmaron, como es lógico, sujetos a la condición suspensiva de que el licitador resultara adjudicatario de alguna de las licencias objeto del Concurso.

Estos contratos reflejan las cláusulas incluidas en el Contrato suscrito entre Retevisión y Atresmedia con fecha 7 de octubre de 2013, sin perjuicio de las especialidades pertinentes para cada operador.

La notificación de la firma de estos contratos, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Resolución Mercado 18, se produjo justo después de la fecha de adopción del Acuerdo de Adjudicación, esto es, el día 19 de octubre de 2015 (excepto, como se ha visto, en el caso del contrato suscrito con 13TV, que se comunicó a la CNMC con fecha 2 de octubre de 2014, aun no desplegando su eficacia en dicha fecha).

En el caso de Atresmedia y Mediaset, los contratos suscritos con Retevisión en los años 2013 y 2014, respectivamente, previeron su adaptación a la capacidad espectral que los radiodifusores tuvieran asignada en cada momento, ajustándose en el supuesto de que ésta se ampliase (por participar en futuros concursos al amparo del PTNTDT), modificase o redujese (como ya ocurrió con ocasión de la Sentencia de 27 de noviembre de 2012).

5. Los interesados en participar en el Concurso no tenían ninguna obligación de dirigirse a Retevisión para preparar su propuesta técnica en cuanto al plan de cobertura radioeléctrica. Podían haberse dirigido a otros operadores que presten el servicio portador soporte de la TDT de ámbito nacional, como por ejemplo, Axión, y solicitar una propuesta técnica y económica.

Sin embargo, Retevisión no recibió ninguna solicitud de acceso a su red por parte de Axión para que ésta pudiera prestar los servicios que conforme al Pliego los licitadores iban a requerir.

De conformidad con la Resolución Mercado 18, Retevisión, en tanto que operador con poder significativo en este mercado, tiene la obligación de facilitar a terceros el acceso a los centros de difusión de su red nacional a precios regulados, para que

éstos puedan replicar su oferta. De haber querido Axióon prestar el servicio portador de la señal de televisión de los futuros licenciatarios podía haber solicitado acceso a los centros de difusión de la red nacional de Retevisión y haber negociado con ellos la prestación del servicio durante el período de preparación de las ofertas, para poder cumplir los requisitos del Pliego, suscribiendo los correspondientes acuerdos sujetos a condición suspensiva. Retevisión no tiene constancia de haber recibido ninguna petición de acceso por parte de Axióon en este sentido.

6. El presente procedimiento tiene por objeto la vigilancia del cumplimiento de la Resolución. En concreto, teniendo en cuenta la Sentencia y la acreditación del cumplimiento del Dispositivo Séptimo mediante el escrito de Cellnex en respuesta al requerimiento de la DC de fecha de notificación 6 de marzo de 2014, se limita al cumplimiento de lo establecido en el Dispositivo Quinto de la Resolución. Del Requerimiento resulta que hasta la fecha Cellnex ha dado cumplimiento al mismo. De la información facilitada en el presente escrito no puede sino concluirse que desde marzo de 2014 hasta la actualidad sigue cumpliendo lo dispuesto en el mismo. A saber: no realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

No resulta del fallo de la Sentencia que la CNMC, en trance de recalcular la multa impuesta por la Resolución, deba adoptar ninguna medida alternativa a la señalada en el Dispositivo Sexto de la Resolución que la Sentencia anula por falta de proporcionalidad. La Sentencia únicamente prevé la posibilidad de su adopción, pero no la obligación de adoptarla. En cualquier caso, la medida que la Sentencia prevé que la CNMC pueda establecer en la resolución del recalcular de la multa se refiere a unos contratos que han terminado. Por ello, *ratione temporis*, esta previsión de la Sentencia carece hoy de contenido. Y ello, aparte de que los nuevos contratos suscritos por Retevisión ya no incluyen las cláusulas que fueron consideradas abusivas en su momento por la CNMC, como reconoce expresamente el Requerimiento.

Por tanto, la DC considera en su Informe, que los hechos denunciados por Axióon no constituyen un incumplimiento de lo dispuesto por el Consejo de la CNC en sus Resoluciones de 19 de mayo de 2009 y de 30 de marzo de 2011.

Las citadas resoluciones declararon la existencia de un abuso de la posición de dominio ostentada por Cellnex en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual al:

- (i) 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 acción comercial y entrada de nuevos competidores en el mercado.
- (ii) Ofrecer, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse el ámbito geográfico del mercado nacional, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas

Sin discutir la posición de dominio en el mencionado mercado, las circunstancias de las renovaciones contractuales llevadas a cabo por Cellnex, tal y como se han descrito en

el Informe, y el propio contenido de sus actuales contratos, no permiten deducir una réplica de la situación de cautividad propiciada por las conductas abusivas de Cellnex sancionadas en las Resoluciones reseñadas, y por tanto, no es posible concluir que se haya producido un incumplimiento del dispositivo contenido en las Resoluciones que ordena no incurrir en dichas prácticas en el futuro.”

En definitiva, los indicios y hechos expuestos por la DC permiten concluir que no ha quedado acreditado el incumplimiento denunciado por Axión por parte de Cellnex de lo dispuesto en las Resoluciones de 19 de mayo de 2009 (expediente 646/08) y de 30 de marzo de 2011 (expediente 2748/06).

Asimismo, la DC propone al Consejo la valoración de la conveniencia de analizar las propuestas realizadas por Axión para rectificar los fallos que en su opinión existen en el mercado de las redes portadoras de las señales de televisión de ámbito nacional que afectan a las condiciones de competencia del mismo y que, en su caso, corresponderían a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

#### **CUARTO.- Sobre las alegaciones presentadas por AXIÓN y CELLNEX, y su valoración por la Dirección de Competencia.**

A lo largo de este procedimiento de vigilancia de la Resolución de 19 de mayo de 2009 en el expediente VS/0646/08, AXION/ABERTIS, tanto Axión como Cellnex han hecho uso del derecho a presentar alegaciones que le concede la normativa de aplicación, remitiendo las que han estimado oportunas en relación con la valoración de la DC en su Propuesta de Informe de incidente de vigilancia.

##### 5.1. Alegaciones presentadas por Axión

Con fecha 9 de mayo de 2016, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de Axión (folios 905 a 919), presentando además escrito complementario a estas alegaciones con fecha 18 de agosto 2016

En su escrito de 9 de mayo de 2016 Axión pone de manifiesto que:

- (i) No existe justificación suficiente para la sustitución de los contratos antiguos por otros nuevos de forma anticipada a la fecha de terminación natural de los contratos antiguos;
- (ii) Con la estrategia de renovación anticipada de contratos, Cellnex ha conseguido que el mercado quede de nuevo cautivo, de manera que cuando Axión comenzó a preparar sus acciones comerciales para tratar de conseguir algún cliente en un mercado que estaba previsto que se abriera entre 2015 y 2016, su acción comercial resultase infructuosa;
- (iii) Ninguna investigación se ha realizado por la CNMC acerca del posible contenido anticompetitivo de los nuevos contratos.
- (iv) Las conductas abusivas se ven reforzadas por la actividad del sector público, en concreto de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) y por la Corporación Radio Televisión

Española (CRTVE).

En su escrito de alegaciones complementarias de 18 de agosto 2016, Axión informa a la DC de la interposición de sendos recursos especiales en materia de contratación frente a las licitaciones públicas iniciadas en julio de 2016 por la Corporación RTVE para el servicio de transporte de señales de TV y radio y de emisión en TDT (expte. nº 2016/10071) y de emisión de radio en frecuencia modulada (expte. nº 2016/10070). En concreto, con fecha 12 de agosto de 2016, Axión interpuso dicho recurso especial contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y los Pliegos de Prescripciones Técnicas del expte. nº 2016/10071 y, con fecha 17 de agosto de 2016, interpuso también recurso contra los Pliegos del expte. nº 2016/10070.

Axión considera que determinadas condiciones para la prestación del servicio de transporte de señales de TV y radio establecidas en la licitación pública convocada por la Corporación RTVE refuerzan la conducta abusiva de CELLNEX así como la falta de competencia en el mercado de difusión de televisión nacional. En concreto señala que la previsión de contratación unificada de los servicios de transporte y difusión previstas en el lote nº 2 de dicha licitación restringe la competencia ya que impide a los operadores de transporte satelital y a los operadores de redes portadoras de señal de TDT acceder a la prestación de dicho servicio por separado. Igualmente la contratación unificada de los servicios de difusión en un alcance único en todo el ámbito nacional impide a los operadores de difusión de TDT de ámbito regional tener opción a competir con Cellnex, el único operador de difusión existente a nivel nacional. Según Axión, dado el diseño de lotes que se realiza en los Pliegos recurridos sólo se posibilita la oferta de un único operador.

Del mismo modo Axión argumenta en sus últimas alegaciones que determinados aspectos de la prestación de servicios de emisión de radio en FM establecidos en la licitación de la Corporación RTVE pueden contribuir a la creación de barreras de entrada para la prestación de dichos servicios por parte de operadores de infraestructura de red distintos a CELLNEX. En concreto Axión considera que el requisito de presentar oferta por la totalidad de los centros emisores relacionados en la citada licitación, sin posibilitar la presentación de ofertas por un determinado número de centros emisores con un ámbito territorial inferior al nacional supone una restricción injustificada de la competencia.

Por todo ello, Axión, solicita que se tengan en cuenta en la presente resolución los hechos relacionados con la licitación de servicios de la Corporación RTVE que acaban de describirse de cara a evaluar la denunciada persistencia de las conductas abusivas de Cellnex en el mercado. Axión también solicita a la CNMC que considere la posibilidad de efectuar recomendaciones al sector público –y, en concreto, a la Corporación RTVE- respecto de la convocatoria de concursos públicos por lotes regionales.

## 5.2.- Alegaciones presentadas por Cellnex

Con fecha 28 de abril de 2016, Cellnex presentó en la CNMC escrito de alegaciones en el que manifestaba su conformidad con lo argumentado en la Propuesta de Informe emitido por la DC (folios 903 y 904).

En concreto, en cuanto a la existencia de una "ventana de oportunidad" para que operadores alternativos a Cellnex pudieran realizar su labor comercial con aquellos licitadores que decidieron participar en el Concurso, insiste en que esta se inicia el día 18 de abril de 2015, fecha en la que se publica el anuncio del Concurso (o incluso antes, teniendo en cuenta lo prevenido por la Exposición de Motivos del Real Decreto 805/2014 por el que se aprueba el PTNTDT) y finaliza el día 28 de mayo de 2015, fecha máxima para la presentación de las ofertas. Por tanto, y de conformidad con lo previsto en el Pliego, las negociaciones para la prestación del servicio portador soporte de la TDT a los futuros nuevos radiodifusores necesariamente tenían que empezar durante la fase de preparación de sus ofertas para participar en el Concurso, y no con posterioridad, una vez adjudicadas las licencias. De lo contrario, los licitadores no habrían podido presentar una oferta que cumpliera lo exigido por dicho Pliego.

**QUINTO.- Sobre la solicitud de información realizada por la DC a los radiodifusores clientes de Cellnex que han renovado anticipadamente sus contratos.**

La Dirección de Competencia, ante la alegación de Axióon relativa a que Cellnex ha llevado a cabo una estrategia para extender su posición de monopolio anticipando de manera sorpresiva, y sin justificación objetiva, la renovación de unos contratos que deberían haber vencido a finales de 2016 (en el caso de Mediaset y Net TV) o a lo largo del año 2015 (en el caso de Atresmedia y Veo TV), asegurándose de ese modo la cautividad, hasta por lo menos 2018, de todos los operadores privados de TV, ha considerado oportuno solicitar información a los radiodifusores clientes de Cellnex y afectados por estas renovaciones.

De la información recibida se puede concluir lo siguiente:

- **Mediaset España Comunicación S.A.**

Mediante **escrito de 3 de junio de 2016** Mediaset pone de manifiesto cuatro motivos concretos para la renovación contractual llevada a cabo, que ha sido en cualquier caso negociada y no propiciada por Cellnex, más bien al contrario:

1.- A resultas de la operación de concentración TELECINCO/CUATRO, consumada a finales de 2010, MEDIASET ostentaba dos licencias de prestación del servicio de comunicación audiovisual y, por lo tanto, mantenía suscritos con RETEVISION dos contratos, uno relativo a la distribución y difusión de los canales integrantes del múltiple atribuido inicialmente a TELECINCO, y otro con el mismo objeto, referido a los canales integrantes del múltiple atribuido CUATRO.

Procedía, por lo tanto, la homogenización de ambos contratos y su unificación.

2.- Los canales que ostentaba MEDIASET al tiempo de firmarse los contratos con RETEVISION I eran ocho en total, cuatro correspondientes al múltiple originario de TELECINCO y otros cuatro integrantes del múltiple originario de CUATRO.

Tras la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo con fecha 27 de noviembre de 2012, que anuló en total nueve (9) canales de TDT de ámbito nacional, MEDIASET perdió dos de ellos, viendo así reducidos de ocho a seis sus canales y, de forma correlativa, la capacidad espectral asignada. Circunstancia no prevista en los contratos que mantenía suscritos por entonces con RETEVISION I y que procedía regularizar.

3.- Con fecha 24 de Septiembre de 2014, se publicó el Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, por el que se aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre, en cuya virtud se ordenaba el abandono de la subbanda de frecuencias de 780 a 862 MHz y, por tanto, la migración de los canales de televisión que venían ocupando dichas frecuencias, entre los que se encontraban los correspondientes a TELECINCO y CUATRO. Además, dicha norma reestructuraba los múltiples nacionales de TDT, adaptándolos al número total de canales subsistentes y se reasignaban entre los licenciarios; imponiéndose objetivos mínimos de cobertura sujetos a determinados hitos temporales.

4.- Además, dicho Plan de la TDT contemplaba la licitación pública de 1/4 parte de la capacidad del Múltiple MPE4, el Múltiple MPE5 por entero y 1/3 de la capacidad del múltiple digital RGE2, todos ellos de cobertura estatal, a los que podría optar Mediaset.

Por ello, resultaba preciso suscribir un nuevo contrato con RETEVISION I que

- (i) recogiera todas estas novedades,
- (ii) pudiera adaptarse a la capacidad espectral que Gestevisión pudiera tener asignada en cada momento, y
- (iii) asumiera como propias las obligaciones de extensión de cobertura previstas en el RD 805/2014 en relación con los múltiples MPE3, MPE 4 (art. 5.3 y 5.4 del RD 805/2014) y MPE 5 (art. 2.4 del RD 805/2014); en este último caso, siempre y cuando MEDIASET resultara adjudicataria de su capacidad, aunque fuera parcialmente.

Por lo demás, el nuevo contrato suscrito con RETEVISION I era proporcionalmente equivalente en términos económicos al conjunto de los dos contratos que vino a sustituir.

Asimismo manifiesta Mediaset que no ha recibido ninguna oferta anterior, coetánea o posterior a la aprobación del Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, por el que se aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre.

- **Sociedad Gestora de Televisión NET TV S.A.**

Por su parte Net TV en **escrito de 6 de junio de 2016** manifiesta que tras la aprobación del Plan Técnico de la TDT, la posibilidad de iniciar negociaciones se abrió inicialmente con el proveedor con el que se mantenía la relación históricamente, que había prestado el servicio con garantía de calidad y que había otorgado una facultad de prórroga a NET TV en el acuerdo previo para mantener el servicio hasta abril del año 2020.

Las citadas negociaciones llegaron a buen término, respondiendo al interés concreto de NET TV de contar un marco ajustado al Plan Técnico de la TDT, pues NET TV tenía

particular interés en que el instrumento contractual respondiese a la nueva realidad de canales en emisión y transporte de acuerdo al Plan citado.

Siendo el interés que tenía NET TV contar con un marco seguro y ajustado al Plan Técnico vigente, sus expectativas se vieron cumplidas plenamente con la negociación con el proveedor con el que se mantenía la relación, de hecho, consiguiendo un efecto similar al ejercicio de la facultad de prórroga existente en el contrato anterior, y que NET TV podía usar con efectos hasta 2020, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga en el nuevo contrato por dos años adicionales.

Manifiesta Net TV que en el acuerdo alcanzado no existen penalizaciones específicas por resolución anticipada del mismo.

- **Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A.**

Mediante **escrito de 10 de junio de 2016** Atresmedia manifiesta que el addendum de 28 de julio de 2014 al contrato suscrito con RETEVISIÓN el 7 de octubre de 2013 **no supone la renovación anticipada de dicho contrato** ya que no implica modificación alguna de la cláusula de duración del contrato ni conlleva la contratación de nuevos servicios o la renovación de la contratación de los servicios ya prestados por RETEVISIÓN.

Al contrario, y tal y como se señala en los expositivos del addendum, la modificación pactada se limita al apartado 3.3 de la cláusula "TERCERA.- PRECIO" y a la cláusula "CUARTA.- AJUSTE ANUAL DE LA FACTURACIÓN" del Contrato, para adaptarlas a la pérdida de los canales derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 (por la que anula el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 por el que se asignaba un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal) y la reestructuración de los múltiples impulsada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo dando así cumplimiento a lo establecido en el punto 3.3 de la cláusula "TERCERA.- PRECIO" cuando señala que *"En el supuesto que el número de múltiple varíe, al alza o a baja, el precio se revisará por las partes, de buena fe"*.

Existe por tanto una causa externa y ajena a las partes que reduce el número de múltiple gestionados por RETEVISIÓN y provoca la necesidad de revisar el Contrato. Por ello, y en la medida en que la ejecución de la citada Sentencia del Tribunal Supremo imponía el cese de las emisiones de tres de los canales de Atresmedia el 5 de mayo de 2014, la radioperadora remitió una carta en fecha 23 de abril de 2014 a RETEVISIÓN comunicando la necesidad de dicho cese y por tanto también la necesidad de ajustar el importe de los servicios prestados. RETEVISIÓN contestó mediante carta de fecha 29 de abril de 2014 tomando nota del cese de los tres canales y confirmando que resultaba necesario ajustar las condiciones económicas del contrato firmado el 7 de octubre de 2013. Las conversaciones de las partes a tal fin se plasmaron en el **addendum de 28 de julio de 2014**.

Por lo tanto, las modificaciones incorporadas por el addendum no se refieren:

- ✓ ni a posibles penalizaciones por rescisión anticipada del contrato (tipología de penalización que ni se incorpora por el addendum ni se establecen en el Contrato),
- ✓ ni a descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios,

- ✓ ni modifica la duración del contrato.

Tras la firma del Contrato el 7 de octubre de 2013, Atresmedia no ha recibido ofertas de operadores alternativos a Cellnex ya que las circunstancias que determinaron la necesidad del addendum del 28 de julio de 2014 no implicaban la apertura de una nueva ventana de oportunidad de negociación de un nuevo contrato que sustituyera al firmado el 7 de octubre de 2014 y cuya fecha de fin es el 7 de octubre de 2018 (con posibilidad de prórroga de 2 años por voluntad exclusiva de ATRESMEDIA).

- **Veo Televisión SAU**

Mediante **escrito de 28 de junio de 2016** Veo TV manifiesta que el 13 de marzo de 2006, VEO y RETEVISIÓN I S.A. suscribieron un contrato para la prestación del servicio portador de distribución y difusión digital de dos canales digitales de televisión, dentro de un múltiple digital con cobertura nacional, que fue modificado mediante adenda de 27 de marzo de 2007.

La cláusula tercera del contrato de 13 de marzo de 2006 establecía que el acuerdo permanecería vigente hasta el 31 de diciembre de 2015 y quedaría *"prorrogado tácitamente, por anualidades, llegando su vencimiento inicial, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes con seis meses de antelación a la finalización del periodo inicial o de cualquiera de sus prórrogas"*.

Dos hechos son influyentes para las negociaciones que se iniciaron a los efectos de llegar a un nuevo acuerdo:

- ✓ el obligado cese de emisiones de dos canales de VEO que tuvo lugar en los meses de abril y mayo de 2014, en cumplimiento del Auto de 25 de marzo de 2014 dictado por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en ejecución de la Sentencia de 27 de marzo de 2012 (recurso 442/2010) por el que se anuló el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, por el que se asigna un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio digital terrestre de ámbito estatal.
- ✓ la entrada en vigor del Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre.

No hubo, por lo tanto, un promotor de las negociaciones en el sentido estricto de la palabra, sino que los acontecimientos producidos, las relaciones comerciales habituales y el vencimiento en diciembre de 2015 del contrato de 13 de abril de 2006, condujeron a la firma del nuevo contrato, el 23 de junio de 2015.

Respecto de las modificaciones que presenta el contrato actualmente vigente en relación con el anterior, cabe reseñar lo siguiente:

- La eliminación en el nuevo acuerdo de cláusulas de penalización por resolución anticipada.
- En cuanto a la duración del contrato, se ha limitado a cinco años, prorrogable por exclusiva voluntad de VEO por un periodo adicional de un año hasta un máximo de dos prórrogas.
- Técnicamente, se ha adaptado la descripción del servicio al nuevo Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre, tomando en consideración que el contrato previo se había formalizado en el año 2006.

Respecto a las modificaciones introducidas en el nuevo contrato, se considera que las principales ventajas han consistido en la adaptación a las condiciones contractuales pactadas con el resto de radiodifusores nacionales así como la eliminación de las cláusulas de penalización por resolución anticipada y el hecho de dejar a la voluntad exclusiva de VEO la posibilidad de prorrogar el contrato.

Por otra parte, VEO TV no ha recibido ninguna oferta de otro prestador distinto de CELLNEX con objeto de formalizar un contrato de prestación de servicio de transporte de señal o servicios similares.

### **SEXTO.- Valoración de la Sala de Competencia de la CNMC**

Esta Sala se muestra conforme con las conclusiones de la DC en las que considera que no ha quedado acreditado el incumplimiento denunciado por Axió por parte de Cellnex de lo dispuesto en las Resoluciones de 19 de mayo de 2009 (expediente 646/08) y de 30 de marzo de 2011 (expediente 2748/06).

Como se ha señalado repetidamente las citadas resoluciones declararon la existencia de dos infracciones de abuso de posición de dominio cometidas por Cellnex (entonces Abertis Telecom) en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual. Dichas infracciones consistían, en primer lugar, en exigir, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes operadores de televisión en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006, y establecer una excesiva duración de determinados contratos (con Veo TV en 2006 y con Sogecable, Telecinco y Net TV en 2008), con el efecto de impedir la acción comercial y entrada de nuevos competidores en el mercado.

La segunda infracción de abuso cometida por Cellnex y declarada y sancionada por la extinta CNC en 2009 fue ofrecer, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse el ámbito geográfico del mercado nacional, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas

Sin discutir la posición de dominio de Cellnex en el citado mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual, la Sala coincide con la DC en señalar que tanto las renovaciones contractuales llevadas a cabo por Cellnex, tal y como han sido investigadas y plasmadas en el Informe de vigilancia remitido, como el propio contenido de los contratos actualmente suscritos entre Cellnex y los operadores de TV, no suponen una réplica de las conductas sancionadas por la CNC en 2009, al no reproducir la situación de cautividad propiciada entonces por las conductas abusivas de Cellnex. Por ello, la Sala considera que no se ha producido un incumplimiento del dispositivo contenido en las Resoluciones que ordena no incurrir en dichas prácticas en el futuro.

En definitiva, los indicios y hechos expuestos por la DC en su informe permiten concluir que no ha quedado acreditado el incumplimiento denunciado por Axió por parte de Cellnex de lo dispuesto en las Resoluciones de 19 de mayo de 2009 (expediente 646/08) y de 30 de marzo de 2011 (expediente 2748/06).

El presente procedimiento tiene por objeto la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 19 de mayo de 2009 (expediente 646/08). En concreto, teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo y la acreditación del cumplimiento del

Dispositivo Séptimo (publicación de la resolución), se limita al cumplimiento de lo establecido en el Dispositivo Quinto de la Resolución (abstención de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente). Esta Sala concuerda con la DC en concluir que, del expediente de vigilancia, no existen indicios hasta la fecha de que Cellnex haya incumplido este deber de abstención.

Frente a la pretensión de Axión de que esta Comisión adopte alguna medida alternativa a la señalada en el Dispositivo Sexto de la Resolución que la Sentencia anula por falta de proporcionalidad (reconocer a cada uno de los operadores de televisión el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato) esta Sala estima que la adopción de dicha medida no deriva necesariamente del fallo de la citada Sentencia que únicamente prevé la posibilidad de su adopción, pero no la obligación de hacerlo. En cualquier caso, como señala la DC, en los nuevos contratos suscritos por Cellnex (a través de Retevisión) ya no incluyen las cláusulas que fueron consideradas abusivas en su momento por la CNMC.

Respecto a las condiciones existentes actualmente en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual, en el que Cellnex fue sancionada por abuso de posición dominante en 2009, como señala la DC dicho mercado presentó una "ventana de oportunidad" en abril de 2015, tras la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015. Mediante dicho acuerdo se aprobó el pliego de bases del concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal, convocándose el correspondiente concurso para su adjudicación.

Entre los días 18 de abril (fecha de publicación del concurso) y 28 de mayo de 2015 (fecha máxima de presentación de las ofertas) Axión pudo preparar técnicamente su red y realizar su labor comercial para, efectivamente, aprovechar la oportunidad, poniéndose en contacto con los interesados en participar en el Concurso y ofreciendo sus servicios. En su denuncia y alegaciones Axión no ha acreditado que se dirigiera a Cellnex para preparar su red ni que intentara entablar negociaciones con los distintos operadores de televisión en orden alcanzar la cobertura nacional a través de las distintas placas regionales en que se subdivide el ámbito geográfico del mercado nacional.

Como afirma la DC en dicho periodo de abril y mayo de 2015, los interesados en participar en el Concurso tenían absoluta libertad para dirigirse a cualquier operador que preste el servicio portador de la señal de TDT de ámbito nacional para solicitar una propuesta. Sin embargo una vez adoptado el Acuerdo de Adjudicación, como en todos los procedimientos de licitación, los adjudicatarios quedan vinculados a las ofertas presentadas y, por tanto, en lo relativo a la prestación del servicio portador soporte de la señal de TDT, a lo señalado sobre esta cuestión en las respectivas ofertas.

El propio Pliego establecía que el licenciatario quedaba obligado a garantizar la prestación continuada del servicio de televisión con sujeción a las condiciones y compromisos asumidos en su solicitud y que sirvieron de base al otorgamiento de la licencia, refiriéndose a las condiciones y compromisos asumidos en la oferta. Igualmente todos los contratos se firmaron sujetos a la condición suspensiva de que el licitador resultara adjudicatario de alguna de las licencias objeto del Concurso.

Los interesados en participar en el Concurso no tenían ninguna obligación de dirigirse a Retevisión para preparar su propuesta técnica en cuanto al plan de cobertura radioeléctrica. Podían haberse dirigido a otros operadores que presten el servicio portador soporte de la TDT de ámbito nacional, como por ejemplo, Axió, y solicitar una propuesta técnica y económica.

Sin embargo, Retevisión no recibió ninguna solicitud de acceso a su red por parte de Axió para que ésta pudiera prestar los servicios que conforme al Pliego los licitadores iban a requerir.

En virtud de la Resolución Mercado 18, Retevisión, en tanto que operador con poder significativo en este mercado, tiene la obligación de facilitar a terceros el acceso a los centros de difusión de su red nacional a precios regulados, para que éstos puedan replicar su oferta. Por tanto Axió podría haber solicitado acceso a los centros de difusión de la red nacional de Retevisión y haber negociado con ellos la prestación del servicio durante el período de preparación de las ofertas, para poder cumplir los requisitos del Pliego, suscribiendo los correspondientes acuerdos sujetos a condición suspensiva. Según informa la DC, Retevisión no tiene constancia de haber recibido ninguna petición de acceso por parte de Axió en este sentido.

Por tanto, la DC señala en su Informe y esta Sala coincide con dicha apreciación, que los hechos denunciados por Axió no constituyen un incumplimiento de lo dispuesto por el Consejo de la CNC en sus Resoluciones de 19 de mayo de 2009 y de 30 de marzo de 2011.

Del mismo modo tampoco puede considerarse un incumplimiento de Cellnex de lo dispuesto en las citadas resoluciones las licitaciones públicas iniciadas en julio de 2016 por la Corporación RTVE para el servicio de transporte de señales de TV y radio y de emisión en TDT y de emisión de radio en frecuencia modulada, descritas por Axió en su escrito de alegaciones complementarias de 18 de agosto 2016 y frente a las que dicha empresa ha interpuesto sendos recursos especiales en materia de contratación frente a las licitaciones públicas. Como en el caso anterior, se trata de conductas que, aun pudiendo beneficiar la posición en el mercado de Cellnex, no han sido desarrolladas por esta empresa sino por la Corporación RTVE a través de un procedimiento de licitación pública, frente al que Axió ha reaccionado utilizando las herramientas procesales que le permite el ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, los elementos presentes en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual que pudieran afectar o distorsionar las condiciones de competencia del mismo pueden ser investigados por los servicios de esta Comisión para la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para su corrección.

Y todo ello sin perjuicio de que, en lo que exceda del presente expediente de vigilancia, la DTSA valore en el ámbito de la regulación sectorial las propuestas realizadas por Axió para rectificar los fallos que puedan existir en el mercado de las redes portadoras de las señales de televisión de ámbito nacional que afecten a las condiciones de competencia del mismo.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

## **HA RESUELTO**

**UNICO.-** Declarar que no ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de Cellnex, denunciado por Axion, de lo dispuesto en las Resoluciones de la Comisión Nacional de Competencia de 19 de mayo de 2009 (expediente 646/08) y de 30 de marzo de 2011 (expediente 2748/06).

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

VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR** que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta **Resolución administrativa** aprobada en el día de hoy, 20 de Octubre de 2016 por esta Sala de Competencia

**CONCURRENTE** “En declarar que no ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de CELLNEX, denunciado por AXION”.

**Y DISCREPANTE** en cuanto al establecimiento de ANTECEDENTES Y MOTIVACIÓN, que (1) o bien se omiten; (2) o bien se citan sucinta, parcial y erróneamente. Y todo ello valorado a la luz de **las circunstancias sobrevenidas** (*ex doctrina constitucional*) en orden a evitar malentendidos o distorsiones afectatorias por contradictorias y contrarias al fondo.

Discrepancia que concreto en los siguientes **MOTIVOS**

**I.-** Esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, **el día 19 de Mayo del 2016** dictó una Resolución administrativa, en vía previa, de la que fue Ponente el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz, 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 por 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 llegó esta Sala de Competencia desde el Informe que le elevara 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 presuntas conductas prohibidas por el artículo 2 de la Ley 1/2007 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 y 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.-** Esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día **29 de Septiembre del 2016** aprobó por mayoría simple una Resolución administrativa, en vía previa, en cuya Parte Dispositiva se dice

**HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** Imponer a CELLNEX TELECOM S.A., en ejecución de 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.**

**III.-** La Resolución administrativa dictada, en vía previa, en el día de hoy **20 de Octubre del 2016** en el apartado de **ANTECEDENTES** concretados en las páginas 3 y siguientes, parágrafos 2, 3, 4 y 5 hace una cita, parcial e incompleta de Hechos Probados, que a los solos efectos de evitar y cito literalmente **“una confusión a las empresas, ofreciendo una visión errónea y manipulada de los Hechos Probados y la Fundamentación Jurídica”** en loable intervención del Presidente (días pasados) me autoriza para concretar lo dicho partiendo de la Resolución administrativa dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 19 de Mayo del 2009; en la Sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de Febrero del 2012 en Recurso 333/2009; en la Sentencia dictada por la Excma. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Voto Particular Discrepante del Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Espín Templado; y en los Votos Particulares Discrepantes formulados por el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz y por mí. Y ello del siguiente tenor:

**1º Resolución administrativa de 19 de Mayo del 2009** dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador 646/08 AXION-ABERTIS, de la que fue Ponente el Señor Consejero Don Julio Costas Comesaña, y en la que se dice textualmente lo siguiente en su Parte Dispositiva

**HA ACORDADO**

**PRIMERO.-** *Que no se ha producido la caducidad del expediente sancionador, ni la nulidad de las actuaciones invocadas 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 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 (...) en el caso de rescisión anticipada de los contratos firmados (...).*

**TERCERO.-** *Declarar la existencia de una infracción del artículo 6 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 (...).*

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

**SEXTO.-** *Imponer a ABERTIS TELECOM SAU, en el marco de los contratos celebrados (...) el deber de reconocer a cada uno de estos operadores de televisión el derecho de resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato.*

-----0-----

**2º Sentencia de 15 de Febrero del 2012 dictada por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, en el marco del Recurso 333/2009, de la que fue Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Concepción Mónica Montero y en la que se dice textualmente en su Parte Dispositiva**

**FALLAMOS**

Que **desestimando** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por promovido (SIC) **Abertis Telecom SAU (....) frente a la Administración del Estado (....) 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.**

-----0-----

**3º Sentencia de 23 de Abril del 2015 dictada por la Excma. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, en el marco del Recurso de Casación 2964/2012, del que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Calvo Rojas y en la que se dice textualmente en su Parte Dispositiva**

**FALLAMOS**

**1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de ABERTIS TELECOM SAU, 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 EFECTOS.**

**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 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 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.**

El Fundamento de Derecho **DECIMOSEXTO** de la Sentencia dictada el día 23 de Abril del 2015 en el marco del Recurso de Casación 2964/2012 literalmente pronuncia

**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 **añiéndose 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 en 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 negocial de las partes.

-----0-----

**4º Voto Particular Discrepante formulado por el Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Espín Templado a la Sentencia dictada el día 23 de Abril del 2015 en el marco del Recurso de Casación 2064/2012.**

*“(....) No cabe duda 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 (....)*

*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 de 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.*

*(...) Considero que estas razones son suficientes para poner en duda que se produjera un efectivo cierre del mercado y los alegados efectos anticompetitivos sobre clientes y usuarios, lo que supone que no ha quedado acreditado de forma fehaciente que el comportamiento de Abertis haya supuesto un abuso de posición dominante.*

*Ello hubiera debido conducir al archivo del expediente y a la no imposición de sanción alguna por dicha imputación, lo que justificaba a mi entender la estimación de los motivos de casación décimo a duodécimo, así como del previo recurso contencioso administrativo de instancia”.*

-----0-----

### **5º Voto Particular Discrepante del Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz.-**

El Ilustre Señor Consejero en el apartado PRIMERO de su Voto Particular explicita su discrepancia de este modo:

*“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%”** (página 12, énfasis añadido).*

*Dejando a un lado que no se está sancionando a varias empresas sino sólo a 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 cual 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 que “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.*

-----0-----

**6º Mi Voto Particular Discrepante, en síntesis, versaba sobre (1) la conducta o conductas infractoras; (2) los porcentuales ex Ley 16/1989; (3) Volumen de ventas versus Volumen de negocios total.**

(a) Los apartados Segundo y Sexto de la Resolución administrativa dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia **son pronunciamientos recíprocos consiguientes** (causa-efectos) y así lo entiende la Excm. Sala que **“al ANULAR el derecho de remoción anticipada de los contratos** (Parte Dispositiva 2 apartado B en concordancia con el acogimiento del motivo que desarrolla el Fundamento de Derecho Decimosexto) **lleva necesariamente a ANULAR la primera infracción descrita en el apartado Segundo de la citada Resolución Administrativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.**

Es decir, la Excm. Sala en el ejercicio de su labor jurisdiccional (imperium) decidió **ANULAR la primera de las infracciones imputadas a Abertis Telecom SAU, como infractora del Artículo 1 de la Ley 16/1989 y del Artículo 82 TCE** y únicamente mantener la segunda, la del apartado Tercero de la Resolución administrativa de 19 de Mayo del 2009.

Es decir, la Excm. Sala en el ejercicio de su función jurisdiccional (imperium) decidió **ANULAR la incardinación de la segunda infracción tipificándola y encardinándola SÓLO en el Artículo 1 de la Ley 16/1989 y no haciéndolo como infractora del Artículo 82 TCE**, como sí lo hiciera en su día, para ambas conductas, la citada Resolución administrativa.

Consiguientemente la Resolución aprobada por esta Sala es ciertamente **“errónea y manipuladora, en cuanto se está ofreciendo a las empresas interesadas y a la sociedad en general una visión errónea y confusa”**. Siguiendo la loable cita de lo manifestado, días pasados, por el Presidente.

(b) La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en su Artículo 62 (Infracciones) **las tipifica como leves, graves y muy graves**, para en el siguiente Artículo 63 (Sanciones) concretar **“las sanciones que se PODRÁN imponer a los que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en la presente Ley”**.

En párrafos siguientes **CUANTIFICA** los porcentuales (tantos por ciento) de las sanciones a imponer y ello sobre **“el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción”**.

(c) La Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia –**Régimen Legal Sancionador a aplicar en el presente Expediente**– por el contrario, no califica las conductas en leves, graves y muy graves (**PRIMERA DIFERENCIACIÓN SUSTANTIVA**); su Artículo 10 habla de volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico anterior a la resolución sancionadora del Tribunal, frente a lo prevenido en el Artículo 63 Ley 15/2007 que nos habla de volumen de negocios total (**SEGUNDA DIFERENCIACIÓN SUSTANTIVA**).

**TERCERA DIFERENCIACIÓN SUSTANTIVA.** La Ley 16/1989 no establece **porcentuales** (tantos por ciento), sino que **AUTORIZA** un régimen amplio de **DISCRECIONALIDAD previa ponderación de una serie de circunstancias** (Artículo 10.2).

Discrecionalidad en cuanto que posibilita que el Tribunal pueda acogerse y seguir la imposición de una sanción entre 1 euros hasta 901.518,16 euros; o bien acogerse a esta posibilidad y acogerse también a la segunda y ello hasta el 10 por 100 del volumen de ventas, que no de negocios.

**(d)** Tradicionalmente desde los iniciales tiempos del Tribunal de Defensa de la Competencia, así como la doctrina jurisprudencial emanada de las resoluciones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional han venido aplicando esta posibilidad sancionadora sobre el volumen de ventas en el **mercado afectado**.

En esta línea el Informe Parcial de Vigilancia que la Subdirección de Vigilancia, de la Dirección de Competencia elevara el pasado día 9 de Mayo a esta Sala de Competencia, en orden a la cuantificación de la multa-sanción a imponer **(Recalcular)**

*“si bien el volumen de ventas en el año 2008 fue de Euros 50.982.733 el volumen en el mercado afectado es el del **13,61% de dicha cifra global**”. Esto es, la cantidad de ventas en el mercado afectado por la conducta es la de **€uros 6.938.855**.*

En consecuencia y siguiendo el desconocido iter argumental de la Resolución aprobada, decimos que siguiendo su argumentación la sanción-multa a imponer sería la de multiplicar el 5% que se propone (si bien desconociendo cómo se llega a ello) sobre la cifra de ventas de €uros 6.938.855.

Y/o alternativamente como segunda posibilidad la de multiplicar el 5% que se propone (si bien desconociendo cómo se llega a ello) sobre el máximo de 901.518,16.

**IV.- EN CONCLUSIÓN.** Éste Mi Voto Particular es **CONCURRENTE, única y exclusivamente**, en lo concerniente al Resuelve de su Parte Dispositiva en la que **“HA RESUELTO declarar que no ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de Cellnex, denunciado por Axion”**.

Obviamente por lo arriba manifestado y expuesto, **DISCREPO** de los motivos (*argumento y razones*) que han conducido a la Resolución.

Así por éste Mi Voto Particular, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid fecha ut supra.

Firmado: Fernando Torremocha y García Sáenz