CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0207/09, TRANSPORTE TELEVISIÓN

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente
D. José María Marín Quemada

Consejeros
Dª. María Ortiz Aguilar
D. Josep María Guinart Solà
Dª Clotilde de la Higuera González
Dª. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo
D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de marzo de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0207/09, TRANSPORTE TELEVISIÓN, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2015 (recurso 139/2012), firme mediante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 (recurso 1580/2015), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por ABERTIS TELECOM, S.A.U. (ABERTIS) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de febrero de 2012 (expediente S/0207/09, TRANSPORTE TELEVISIÓN).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 8 de febrero de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente S/0207/09, TRANSPORTE TELEVISIÓN, acordó:

> ***"PRIMERO.-*** *Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del TFUE, de la que es autora la empresa ABERTIS TELECOM S.A.U., consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados de servicios*

mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS TELECOM, S.A.U., para la difusión de señales de TDT en España y de servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT en España, mediante una práctica de estrechamiento de márgenes tal y como se define en el Fundamento de Derecho Noveno, que ha tenido lugar, desde abril de 2009 y hasta la actualidad.

SEGUNDO. - *Imponer a la empresa ABERTIS TELECOM S.A.U., como autora de la conducta infractora una multa sancionadora por importe de 13.755.000 euros*

TERCERO. - *Intimar a la empresa ABERTIS TELECOM S.A.U. para que cese en la conducta y en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras similares, por sí misma o a través de sus filiales, que puedan obstaculizar la competencia.*

CUARTO- *Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".*

2. Con fecha 8 de febrero de 2012 fue notificada a ABERTIS la citada resolución (folio 298) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 139/2012). Asimismo, ABERTIS solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa incluida en la resolución de 8 de febrero de 2012, que fue concedida mediante auto de 18 de junio de 2012.

3. Mediante sentencia de 20 de febrero de 2015 (recurso 139/2012), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por ABERTIS contra la resolución de 8 de febrero de 2012, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa. Contra dicha sentencia, ABERTIS interpuso recurso de casación (1580/2015). Mediante sentencia de 23 de marzo de 2018 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

   Esta Comisión recibió el 30 de mayo de 2018 testimonio de la sentencia del Tribunal Supremo.

4. Con fecha 26 de enero de 2012, el Consejo de la CNC acordó requerir a ABERTIS información acerca de su volumen de negocios total consolidado y de sus filiales antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2011.

5. Con fecha 31 de enero de 2012, ABERTIS presentó escrito de contestación a la anterior solicitud señalando que dicho volumen de negocios total en el año 2011 ascendió a 504.986.000 euros (folio 5502 S/0207/09).

6. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 28 de marzo de 2019.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

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

En consecuencia, la competencia para dictar esta resolución corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 8 de febrero de 2012 impuso a ABERTIS una multa de 13.755.000 euros por abuso de posición de dominio. Contra ella ABERTIS interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 139/2012).

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de febrero de 2015 (firme por sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por ABERTIS), anulando la multa impuesta en la resolución de 8 de febrero de 2012 y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 8 de febrero de 2012

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a ABERTIS es necesario partir de los hechos acreditados que se imputan a esta entidad en la resolución de 8 de febrero de 2012 y que han sido confirmados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

En este contexto, y sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución (confirmada por la sentencia que ahora se

ejecuta), cabe señalar que, de acuerdo con el dispositivo primero de la resolución y el fundamento de Derecho octavo de la misma, ABERTIS ha incurrido en una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en un abuso de posición de dominio en los mercados de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS y de servicios minoristas de transporte para la distribución de señales de TDT en España.

En tal sentido, afirma la resolución, en su fundamento octavo que: *"La práctica de estrechamiento de márgenes que la DI ha acreditado constituye un abuso en el sentido del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, puesto que obstaculiza el acceso de los competidores y dificulta el desarrollo de una competencia efectiva."*

La sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La resolución de 8 de febrero de 2012 sancionó a ABERTIS y determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes:

- Importe básico de la sanción (IBS): para el cálculo del importe básico de la sanción se tuvieron en cuenta los ingresos de ABERTIS en el mercado afectado en el periodo comprendido entre abril de 2009 hasta 2011, anterior a la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

  El Consejo tuvo en cuenta además que la empresa "*demuestra un manifiesto desprecio por la legalidad y la doctrina de competencia, lo que constituye un reproche objetivo sobre la conducta infractora. En vista de ello, de que la conducta es muy grave y que ha tenido efectos obstaculizando la entrada de competidores en el mercado, el Consejo estima que el porcentaje a aplicar para el cálculo del importe básico de la sanción a las cifras de volumen de negocio afectado declaradas por ABERTIS, debidamente ponderadas por los coeficientes que la comunicación indica, debe ser el 15%"*. De ello resulta un importe básico de la sanción de 13.755.638 euros.

- Atenuantes o agravantes: el Consejo no apreció circunstancias agravantes o atenuantes.

- Límite del 10%: la multa calculada, que asciende 13.755.638 euros, no supera el 10% del volumen total de negocios de ABERTIS en 2011**.**

La determinación de la multa por la CNC se resume en la siguiente tabla:

Entidades infractoras	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Límite del 10% del volumen de negocios total	Multa Impuesta (€)

ABERTIS	91.704.250	15%	13.755.638	50.498.600	13.755.638

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015[1]. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites "*constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje". Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."*

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *"volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa",* concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *"lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen".*

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción que acredita la resolución de 8 de febrero de 2012 (y que ha confirmado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo) de la que es responsable ABERTIS es

[1] También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

una infracción muy grave (art. 62.4.b) y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2011.

La infracción consistía en un estrechamiento de márgenes a la hora de fijar los precios mayoristas de coubicación para el transporte distribución en sus emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT, así como a la hora de determinar las condiciones comerciales de prestación de servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT de los múltiples nacionales y de los múltiples autonómicos de Asturias y Extremadura.

El volumen de negocios total de ABERTIS y de sus filiales en el año 2011, de acuerdo con la información aportada por la propia interesada, fue de 504.986.000 euros (folio 5502 del expediente S/0207/09).

Sobre estas premisas, el porcentaje a aplicar a ese volumen de negocios total debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 8 de febrero de 2012, siguiendo los criterios expuestos en la doctrina del Tribunal Supremo, antes referida.

El mercado afectado (art. 64.1.a) es en el ámbito del transporte distribución de señales audiovisuales de cobertura nacional; más en concreto: mercado de los servicios minoristas de transporte de señales de TDT y en el mercado de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT.

ABERTIS cubre el 100% de la demanda de los servicios de transporte de señales de TDT (art. 64.1.b).

En lo que respecta al ámbito geográfico afectado por la conducta (art. 64.1.c), la infracción es susceptible de afectar al comercio intracomunitario.

En cuanto a la duración (art. 64.1.d), la infracción ha tenido lugar desde abril de 2009 hasta 2011 y la facturación en el mercado afectado (VNMA) esos loes años fue de 123.205.000 euros (folio 5506 S/0207/09).

En lo referente a los efectos sobre usuarios y otros competidores, encontramos que los precios mayoristas y minoristas que han dado lugar al estrechamiento de márgenes acreditado han sido directamente establecidos por ABERTIS, o indirectamente a través de sus filiales, al 100%. Ello ha excluido de forma injustificada a potenciales competidores de ABERTIS en la prestación de estos servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT. Asimismo, ha afectado, tanto a la adquisición del *input* necesario para prestar el servicio minorista, como a la prestación del propio servicio, donde las terceras empresas ven obstaculizado el acceso y los clientes ven reducidas sus posibilidades de elección.

De acuerdo con la resolución original que ahora es objeto de recálculo, esta Sala debe mantener la decisión de la CNC de que no existían circunstancias agravantes o atenuantes.

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, duración de la conducta, no concurrencia de atenuantes o

agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora. Sobre tales premisas, el tipo sancionador que corresponde aplicar a ABERTIS de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta es de un 6% de su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2011, lo que se traduce en una multa de 30.299.160 euros.

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

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, lo que puede ocurrir cuando se trate de una entidad con una importante proporción de su actividad fuera del mercado afectado por la infracción. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión[2].

En el caso de esta resolución, el valor de referencia estimado para ABERTIS es de 17.240.000 euros, inferior a la sanción (30.299.160 euros) que se deriva del tipo sancionador total que le correspondería (6%). Por tanto, es necesario ajustar la sanción propuesta para asegurar su proporcionalidad con la efectiva dimensión de la infracción, y procede reducir el importe de la sanción de ABERTIS hasta ese valor de referencia de 17.240.000 euros.

No obstante, la sanción que le corresponde es superior a la originalmente impuesta, por lo que, en aplicación del principio de prohibición de *reformatio in peius*, debe imponerse la sanción original, que asciende a 13.755.000 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

HA RESUELTO

ÚNICO. – Imponer a ABERTIS TELECOM S.A.U en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2015 (recurso 139/2012), firme por sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 (recurso 1580/2015), y

[2] Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en las ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España (base RSE).

en sustitución de la impuesta en la resolución de 8 de febrero de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. S/0207/09, TRANSPORTE TELEVISIÓN), una multa por importe de 13.755.000 euros.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.