



Roj: **STS 1811/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1811**

Id Cendoj: **28079130032015100133**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/04/2015**

Nº de Recurso: **2064/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 493/2012,**  
**STS 1811/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº **2064/2012** interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Caro Bonilla en representación de ABERTIS TELECOM TERRESTRE, S.L. (antes Abertis Telecom Satélites, S.A; y antes Abertis Telecom, S.A.U) contra la sentencia de la Sección 6<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 333/2009 . Se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y la entidad RED DE BANDA ANCHA ANDALUCÍA, S.A.U. ("Axió"), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Isabel Campillo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección 6<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2012 (recurso nº 333/2009 ) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por 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 .

**SEGUNDO.-** En el fundamento tercero de la sentencia la Sala de instancia transcribe -y acepta, haciéndola suya- la relación de hechos que la resolución sancionadora declara probados. En cuanto a los sujetos intervinientes en el expediente, extraemos de los hechos probados de la resolución administrativa, en lo que ahora interesa, los siguientes datos:

<< (...) 1. ABERTIS TELECOM SAU filial al 100% de ABERTIS es una compañía integrada por sus filiales al 100% RETEVISION I S.A. y "Difusió Digital Societat de Telecomunicacions SA" (Tradia). Es propietaria de 3.217 emplazamientos en España, para el transporte y difusión de señales de TV y radio, instalaciones constitutivas de una red de telecomunicaciones con cobertura nacional y operador habilitado prestatario del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual.

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 12.331 millones de euros, a cierre de 2005 y 11.000 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 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>>.

De la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia resulta que las conductas imputadas a Abertis, y por las que dicha entidad resulta sancionada, son las siguientes:

- 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 en 2006 y establecer una excesiva duración de los contratos con Veo TV en 2006 y con Net TV, Telecinco y Sogecable en 2008 con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.
- 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.

En los fundamentos cuarto a octavo de la sentencia la Sala de instancia va examinando las distintas cuestiones debatidas en el proceso. Acerca de cada una de ellas se hacen en la sentencia las consideraciones que pasamos a resumir:

1.- Caducidad del expediente (fundamento cuarto de la sentencia recurrida): La demandante alegaba que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia incumplió el artículo 39 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, porque el expediente remitido por la Dirección de Investigación el 13 de mayo de 2008, recibido en el Consejo al día siguiente, fue admitido a trámite el 29 de mayo de 2008, esto es, fuera del plazo de cinco días que establece el precepto legal para acordar la admisión a trámite; y alegaba la demandante que también se había incumplido el plazo máximo de 6 meses para la instrucción del expediente ( artículo 56.1 de la Ley 16/1989 ), pues admitiendo el 15 de noviembre de 2007 como fecha en la que tiene entrada en la Dirección de Investigación la resolución del Consejo que revocó el acuerdo de sobreseimiento que había adoptado el Servicio de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación debió finalizar la instrucción no más tarde del 14 de mayo de 2008, y puesto que la imputada no recibió notificación del Informe Propuesta antes de esta última fecha, ha de declararse la caducidad del expediente conforme a lo establecido en el propio artículo 56.1 de la Ley 16/1989 .

La Sala de instancia señala que el artículo 39 de la Ley 16/1989 no anuda el efecto de la caducidad a la inobservancia del plazo de cinco días que allí se establece. Y en cuanto al plazo de seis meses que el artículo 56 establece para la fase de instrucción, la sentencia recurrida coincide con la Comisión Nacional de la Competencia en que no se exige el requisito de la notificación al interesado para que la remisión produzca efecto, sin que sea de aplicación la Ley 30/1992 ya que la remisión que hace a ésta el propio artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia no viene referida al requisito de la notificación, debiendo prevalecer por ello la norma especial contenida en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

2.- En cuanto a la imputación a Abertis de actos realizados por Retevisión, la sentencia considera justificada tal imputación por ser Retevisión una filial participada al 100%, existiendo en consecuencia una unidad de decisión entre ambas entidades (fundamento sexto de la sentencia).

3.- En cuanto a la alegada la extralimitación temporal de la resolución recurrida por alcanzar a actos realizados en el 2008, la sentencia señala que <<...tampoco es cierto que el Consejo se extralimite al considerar el año 2008 -aún para fijar la sanción-, pues el mismo se contempló en el pliego de cargos de 14 de abril de 2008. Por otra parte la referencia al 2008 se hace analizando los posibles efectos sobre la competencia posterior a los hechos sancionados, lo que implica una hipótesis en abstracto para valorar el efecto sobre la libre competencia de la conducta anterior -folio 70->> (fundamento sexto de la sentencia) .



4.- En lo que se refiere al hecho de que inicialmente se hubiese acordado el sobreseimiento del expediente, la Sala de instancia señala que, dado que aquel sobreseimiento fue revocado por el Consejo, los hechos anteriores al mismo no deben quedar excluidos, "*... ni dicho sobreseimiento implica generar confianza legítima a efectos jurídicos, pues era una Resolución susceptible de revisión, como ocurrió y fue revocada*" (fundamento sexto).

5.- En cuanto a la prueba denegada en vía administrativa, la sentencia comparte el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la improcedencia de su práctica por cuanto, en unos casos, la información que se pretendía traer al expediente no era cuestionada por la Dirección de Investigación en el Informe Propuesta; y en otros no resultaba relevante para valorar la infracción administrativa imputada a Abertis.

6.- Frente al alegato de la demandante de que la resolución sancionadora había aplicado retroactivamente los criterios establecidos en la Comunicación sobre multas aprobada por la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 18 de febrero de 2009 en relación con los preceptos de la Ley 15/2007, que no es aplicable al caso, la Sala de instancia señala que <<...no resulta de la lectura de la Resolución que se le hubiera aplicado tal criterio>> (fundamento sexto).

7.- En cuanto a la medida acordada en el apartado dispositivo sexto de la resolución sancionadora, consistente en la imposición del derecho de resolución anticipada de los contratos con operadores de TV para la prestación del servicio portador de la señal de sus programas de TDT de ámbito nacional, la demandante alegaba que tal medida supone la imposición retroactiva de una medida estructural. Frente a ello, la sentencia señala que esta medida tiene cabida en el artículo 46 de la Ley 16/1989 que permite "la imposición de condiciones u obligaciones determinadas", sin que exista por tanto aplicación retroactiva de la Ley 15/2007 (fundamento sexto).

8.- Respecto a la valoración que debe hacerse de las penalizaciones impuestas en los contratos, la Sala de instancia dice compartir las razones expuestas en resolución impugnada, que se reproducen literalmente en el fundamento séptimo de la sentencia. Allí se expone, en síntesis, que las penalizaciones impuestas por Abertis por la resolución anticipada de sus contratos tienen un efecto de cierre de mercado que excluye la competencia y que al no existir justificación objetiva para la adopción de una medida tal -que se considera desproporcionada al ser posible alcanzar el objetivo propuesto de fidelizar al cliente mediante alternativas menos restrictivas- considera que constituyen un abuso de posición dominante.

9.- Por último, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción, la Sala de la Audiencia Nacional considera justificada la imposición de la sanción en su grado máximo, consistente en un 10% de las ventas, ante las circunstancias apreciadas, que son enumeradas en el fundamento octavo de la sentencia en los siguientes términos:

<< (...) 1.- se aprecia intencionalidad y se señala que como antiguo monopolista no podía desconocer las dificultades de entrada en el mercado por un potencial entrante,

2.- no existe justificación por las inversiones realizadas,

3.- las conductas afectan a una estructura necesaria para los radiodifusores, que desarrollan un servicio público,

4.- que las conductas se han desarrollado por el antiguo monopolista en un mercado recién liberalizado,

5.- las prácticas afectan a todo el territorio nacional,

6.- las prácticas constituyen una estrategia de cierre del mercado>>.

Por todo ello la Sala de instancia termina concluyendo que el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Abertis Telecom, S.A. (luego sustituida por Abertis Telecom Terrestre, S.L.) que formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 12 de junio de 2012 en el que formula diez y seis motivos de casación, los dos primeros al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los catorce restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El contenido de cada uno de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Incongruencia omisiva de la sentencia -se citan como vulnerados los artículos 24 de la Constitución, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.3 y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - en relación con la pretensión de nulidad de la medida estructural impuesta por vulneración del principio de proporcionalidad.



2.- Incongruencia omisiva de la sentencia -se citan como vulnerados los mismos preceptos que en el caso anterior- porque deja sin respuesta la pretensión de nulidad formulada en el proceso por haber sido vulnerado el derecho a ser informado de la acusación formulada, y a no ser sancionado sin ser oído, porque la resolución sancionadora extiende la imputación de Abertis a sus contratos con dos de sus clientes (RTVE y La Sexta) sin que hubiera mediado previa imputación ni en el Nuevo Pliego ni en el Informe Propuesta.

3.- Infracción de los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución y 130.1 y 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 8 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, así como la jurisprudencia que los interpreta, porque la sentencia vulnera los principios de culpabilidad y de personalidad de la sanción al confirmar la imputación a Abertis de las conductas de Retevisión fundándose para ello en la existencia de una unidad de acción sobre la base de que la totalidad del capital social de Retevisión es propiedad de Abertis. Aduce la recurrente que la Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010 de 2 junio) impone a los administradores de una sociedad la obligación de actuar en interés de la sociedad so pena de incurrir en responsabilidad mercantil por infracción de sus deberes y obligaciones; y que para extender la imputación a la matriz por actos cometidos por su filial es preceptiva una prueba de la influencia de la matriz ejerce sobre la filial (en este sentido cita la sentencia del TUE de 22 de octubre de 1986 dictada en el caso *Metro SB*, Asunto 75/84), así como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2010.

4.- Infracción del artículo 56 de la Ley 16/1989 en relación con los artículos 50 de la misma Ley y 44, 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como de la jurisprudencia dictada en interpretación de dichos preceptos, toda vez que el expediente administrativo caducó debido a que no se notificó a la recurrente la remisión del expediente al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dentro del plazo de seis meses a contar desde que el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia ordenó la continuación de la instrucción.

5.- Infracción del artículo 24.2 de la Constitución en relación con los artículos 80, 135, 137.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 37.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por haber vulnerado la sentencia el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Aduce la recurrente que se le ha causado indefensión material por la arbitraria denegación de una prueba esencial para la defensa de Abertis, denegación que la sentencia de instancia confirma por considerar innecesaria la prueba.

6.- Infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por vulneración del principio de culpabilidad en lo que se refiere al período comprendido entre el 5 de marzo de 2007 y el 14 de abril de 2008, porque a raíz del acuerdo de sobreseimiento -que luego sería revocado- la entidad Retevisión, cuya conducta se imputa a Abertis, actuó en la confianza legítima generada por el Servicio de Defensa de la Competencia de que su conducta era conforme a derecho.

7.- Infracción del artículo 24.2 de la Constitución en relación con los artículos 135 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 37.1 y 3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, así como de la jurisprudencia que los interpreta, porque al confirmar la sentencia la sanción impuesta en la resolución por hechos no imputados en el Nuevo Pliego, como son los relativos a los contratos con RTVE y La Sexta, se vulnera el derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada y, por tanto, a no ser sancionado sin ser previamente oído.

8.- Infracción del artículo 24.2 de la Constitución en relación con los artículos 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 37.1 y 3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, así como de la jurisprudencia que los interpreta, toda vez que la sentencia vulnera nuevamente el derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada y a no ser sancionado sin ser previamente oído al confirmar la sanción impuesta por hechos no imputados en el Nuevo Pliego, como son los hechos del año 2008 pero de fecha posterior a la del Pliego (14 de abril de 2008).

9.- Infracción de los artículos 24 de la Constitución y 326.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, por valoración irracional de la prueba en lo que se refiere al informe de la CMT que reconoce dos datos esenciales para la defensa de Abertis: (i) que la amortización de las inversiones para prestar el servicio Portador de Difusión puede justificar la existencia de penalizaciones por resolución anticipada del contrato; y (ii) que la contratación global del servicio para todo el territorio nacional en lugar de contratación por placas regionales supone ciertas economías de escala que justificarían los descuentos por contratación conjunta.

También se alega en este motivo la existencia de una valoración arbitraria, irracional e inmotivada de documentación obrante en el expediente administrativo relativa a la inexistencia de cierre de mercado, así como de la documentación referida a la existencia de justificación de las conductas imputadas.

10.- Infracción de los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 82 TCE, así como de la jurisprudencia que los interpreta; porque la sentencia confirma la sanción por abuso de posición sin que la conducta imputada hubiera producido exclusión de los competidores ni perjuicio a los consumidores ni



usuarios finales. Aduce la recurrente que esta interpretación no es acorde con la jurisprudencia comunitaria y nacional, que ligan la apreciación del abuso de posición de dominio a la producción de efectos que en este caso no se han producido. La resolución impugnada apoya su teoría de daños en la mera probabilidad de que operadores de televisión sufran unos mayores costes y los repercutan a sus clientes, por lo que ante la ausencia de efectos probados la recurrente entiende que no está justificada la intervención administrativa.

11.- Infracción de los artículos 24.2 de la Constitución , 2 del Reglamento CE 1/2003 y 137.1 de la ley 30/1992 en relación con los artículo 6 de la Ley 16/1989 y 82 TCE , así como de la jurisprudencia que los interpreta. Entiende la recurrente vulnerado el derecho la presunción de inocencia al haberse invertido la carga de la prueba. Tratándose de una restricción por sus efectos (por contraposición a una restricción por objeto) los efectos han de demostrarse por la autoridad de competencia. La resolución sancionadora afirma que las penalizaciones por resolución unilateral anticipada, la duración de los contratos y los descuentos no constituyen una infracción *per se* del artículo 6 de la Ley 16/1989 , por lo que correspondía a la Comisión Nacional de la Competencia demostrar, más allá de lo que la recurrente califica de "discursos retóricos sin respaldo fáctico", que las conductas supuestamente abusivas excluyeron a competidores con el propósito de producir un daño al consumidor.

12.- Infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con los artículos 6 de la Ley 16/1989 y 82 TCE , así como de la jurisprudencia que los interpreta, porque según la recurrente está acreditada la ausencia de elemento volitivo en las conductas sancionadas al existir justificación objetiva para ellas, por lo que a su entender se ha vulnerado el principio de culpabilidad.

13.- Infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional, así como de la jurisprudencia que los interpreta, por existir una infracción del principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables en relación con la determinación del importe de la sanción. De los cálculos hechos por la Comisión Nacional de la Competencia y de determinados requerimientos que se practicaron antes de imponer la multa se infiere -según la recurrente- que se ha aplicado, sin mencionarla, la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, más desfavorable que la normativa que habría resultado aplicable *ratione temporis* .

14.- Infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional, así como de la jurisprudencia que los interpreta, porque en relación con la medida estructural acordada consistente en reconocer a todos los operadores de TV el derecho de resolución anticipada de sus contratos, la sentencia recurrida afirma que esta medida tiene cabida en el artículo 46.2 de la derogada Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , lo que niega la recurrente por entender que, a diferencia del artículo 53 de la Ley 15/2007 actualmente vigente, aquel precepto de la Ley 16/1989 solo contemplaba la adopción de las medidas de comportamiento y no las estructurales.

15.- Infracción de los artículos 103 de la Constitución , 1.4 del Código Civil , 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y 53.2 y 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , así como de la jurisprudencia que los interpreta, por haber confirmado la sentencia que la sanción se imponga en su grado máximo. Alega la recurrente que la resolución sancionadora incluye indebidamente ciertos conceptos para la cuantificación agravada de la sanción y que no concurren las circunstancias agravantes que justifican la imposición de la sanción en su grado máximo. Entiende que, puesto que se ha demostrado la falta de intencionalidad, no cabe apreciar la agravante de que "no existe justificación para las conductas realizadas", pues la falta de justificación no es una circunstancia agravante. Añade que la desproporción de la sanción -en términos relativos si se la compara con el volumen de negocio- se aprecia por comparación con los propios precedentes de la Comisión Nacional de la Competencia en otros casos. Alega, además, la indebida inclusión de determinados ingresos por conceptos que no pueden ser objeto de reproche; y añade, en fin, que no puede ignorarse la ausencia de algunas de las agravantes más significativas, como la reincidencia.

16.- Infracción de los artículos 103 de la Constitución , 1.4 del Código Civil , 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y 53.2 y 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , así como de la jurisprudencia que los interpreta, por la falta de proporcionalidad de la medida estructural impuesta consistente en la imposición a Abertis del deber de reconocer a los operadores de TV el derecho de resolución anticipada de sus contratos. Según la recurrente, el alegato de falta de proporcionalidad se sustenta en que la medida acordada deja el cumplimiento de unos contratos que no han sido declarados nulos al arbitrio de una sola de las partes contratantes, privando a Retevisión del 60% de sus ingresos; y en que el efecto perseguido puede obtenerse por otros medios menos restrictivos. Añade que la desproporción es manifiesta teniendo en cuenta lo acordado por la propia Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de 16 de julio de 2009 (expediente de concentraciones C-0084/08 y acumulado C-0110/08) en la que, si bien se acordó la resolución anticipada de los contratos, no se hizo -como en el presente caso- con carácter inmediato y respecto de los contratos en vigor.



Termina el escrito de la recurrente solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime el recurso contencioso-administrativo en los términos solicitados en la demanda [en el suplico de la demanda se pedía la anulación de la resolución sancionadora impugnada, y, subsidiariamente, la reducción de la sanción impuesta a Abertis al importe de 1.010.05540 euros y considerando en todo caso no aplicable lo establecido en el dispositivo sexto de la resolución impugnada].

**CUARTO.-** Con posterioridad a la interposición del recurso de casación la representación de la entidad recurrente presentó escrito con fecha 12 de junio de 2012 con el que acompañó copia de diversas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Mediante providencia de esta Sala de 30 de mayo de 2013 se declaró no haber lugar a admitir las sentencias aportadas, ni el propio escrito. Contra esa providencia interpuso la representación de Abertis recurso de reposición que fue desestimado por auto de 2 de julio de 2013.

**QUINTO.-** Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 10 de septiembre de 2012 se acordó la admisión del recurso de casación así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 3 de octubre de 2012 se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizasen su oposición.

La representación de Red de Banda Ancha Andalucía S.A.U. presentó escrito con fecha 22 de noviembre de 2012 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de casación; y termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación.

Por su parte, la Abogacía del Estado formalizó su oposición al recurso mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2012 en el que expone las razones en las que sustenta su oposición a los motivos formulados por la recurrente.

**SÉPTIMO.-** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 14 de abril de 2015, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación nº **2064/2012** lo interpone la representación de Abertis Telecom Terrestre, S.L. (antes Abertis Telecom Satélites, S.A; y antes Abertis Telecom, S.A.U) 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 ) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Abertis (entonces 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 .

En el antecedente segundo hemos dejado expuesta una síntesis de la fundamentación de la sentencia recurrida. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

**SEGUNDO.-** En el motivo de casación primero se alega la incongruencia omisiva de la sentencia -se citan como vulnerados los artículos 24 de la Constitución , 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.3 y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - en relación con la pretensión de nulidad de la medida estructural impuesta por vulneración del principio de proporcionalidad en su aplicación.

Ante todo de recordarse que, según la jurisprudencia de esta Sala, la incongruencia omisiva de la sentencia se produce cuando la sentencia no resuelve alguna de las cuestiones controvertidas en el proceso ( artículo 67.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ), siendo procedente recordar aquí la doctrina reiterada de esta Sala, de la que son muestra las sentencias de la Sección 5ª de 12 de marzo de 2008 (casación 4054/05 ) y 21 de junio de 2013 (casación 3430/2011 ) y las demás sentencias que en ella se citan, que recogen, a su vez, la doctrina establecida en sentencia de esta Sección 3ª de 11 de octubre de 2004 (casación 4080/99 ). Esta sentencia mencionada en último lugar se expresa en los siguientes términos:

*<< (...) desde la STS de 5 de noviembre de 1992 , esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a*



*través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso.*

*Asimismo, esta Sala tiene declarado que el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. El requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (Cfr. SSTs de 20 de diciembre de 1996 y 11 de julio de 1997, entre otras muchas). Basta con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). Y se han de ponderar, además, las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 y 5 de febrero de 1994)...>>.*

Pues bien, trasladando la jurisprudencia que acabamos de reseñar al caso que nos ocupa, y poniendo en relación el desarrollo del motivo de casación con los apartados de la fundamentación de la sentencia que antes hemos reseñado, debe concluirse que la decisión de la Sala de instancia no incurre en la incongruencia que se le reprocha.

En efecto, no hay duda de que la Sala de instancia da respuesta a la pretensión de nulidad de la medida acordada en el apartado dispositivo sexto de la resolución sancionadora consistente en la imposición del derecho de resolución anticipada de los contratos con operadores de TV para la prestación del servicio portador de la señal de sus programas de TDT de ámbito nacional; señalando al respecto la sentencia recurrida (fundamento jurídico sexto) que esta medida tiene cabida en el artículo 46 de la Ley 16/1989, que permite "la imposición de condiciones u obligaciones determinadas", y que no ha existido aplicación retroactiva de la Ley 15/2007.

No puede afirmarse entonces que la sentencia haya incurrido en incongruencia omisiva en este punto, pues, aunque en ese apartado concreto de la sentencia no se aluda a la falta de proporcionalidad que alegaba la demandante -cuestión que sí es examinada más adelante, en el fundamento octavo de la sentencia, en relación con la resolución sancionadora en su conjunto- lo cierto es que la impugnación de la medida adoptada en el apartado sexto de la parte dispositiva de la resolución administrativa fue abordada y desestimada por la Sala de instancia.

**TERCERO.-** En el motivo segundo se alega de nuevo la incongruencia omisiva de la sentencia, en este caso porque -según la recurrente- la Sala de instancia deja sin respuesta la pretensión de nulidad formulada en el proceso por haber sido vulnerado el derecho a ser informado de la acusación formulada, y a no ser sancionado sin ser oído, porque la resolución sancionadora extiende la imputación de Abertis a sus contratos con dos de sus clientes (RTVE y La Sexta) sin que hubiera mediado previa imputación ni en el Nuevo Pliego ni en el Informe Propuesta.

Una vez más la representación de la recurrente confunde la que denomina *pretensión* con lo que no es sino una mera alegación o argumento de impugnación. Por lo demás, el fundamento sexto de la sentencia se refiere específicamente a ese alegato de la recurrente señalando allí la Sala de instancia:

<< (...) Tampoco es cierto que el Consejo se extralimite al considerar el año 2008 - aún para fijar la sanción -, pues el mismo se contempló en el pliego de cargos de 14 de abril de 2008. Por otra parte la referencia al 2008 se hace analizando los posibles efectos sobre la competencia posterior a los hechos sancionados, lo que implica una hipótesis en abstracto para valorar el efecto sobre la libre competencia de la conducta anterior - folio 70 -.

Por lo que respecta al sobreseimiento, fue revocado por el Consejo, por lo que los hechos anteriores al sobreseimiento no deben quedar excluidos, ni dicho sobreseimiento implica generar confianza legítima a efectos jurídicos, pues era una Resolución susceptible de revisión, como ocurrió y fue revocada.

La continuación de la instrucción por la DI puede incluir hechos no contemplados anteriormente al sobreseimiento, en tanto se formule el Pliego de Cargos, por tanto la inclusión ex novo de otros contratos no es jurídicamente reprochable>>.



La recurrente podrá legítimamente cuestionar estas apreciaciones de la Sala de instancia; y de hecho lo hace en el motivo de casación séptimo, que examinaremos más adelante. Pero, precisamente con ello queda de manifiesto que la sentencia no ha dejado sin abordar este concreto punto de la controversia.

**CUARTO.-** Entrando ahora a examinar los motivos de casación que se formulan al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ya vimos que en el motivo tercero se alega la infracción de los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución y 130.1 y 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 8 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, así como la jurisprudencia que los interpreta, por entender la recurrente que la sentencia vulnera los principios de culpabilidad y de personalidad de la sanción al confirmar la imputación a Abertis de las conductas de Retevisión, fundándose para ello la Sala de instancia en la existencia de una unidad de acción al ser propiedad de Abertis la totalidad del capital social de Retevisión.

En el desarrollo del motivo la recurrente aduce que el artículo 226 la Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 junio) impone a los administradores de una sociedad la obligación de actuar en interés de la sociedad, deber que deben atender so pena de incurrir en responsabilidad mercantil por infracción de sus deberes y obligaciones ( artículos 236 y siguientes del mismo texto legal ); y que para extender la imputación a la matriz por actos cometidos por su filial es preceptiva una prueba de la influencia que aquélla ejerce sobre ésta (en este sentido cita la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 1986 dictada en el caso Metro SB, Asunto 75/84 ), así como sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2010 .

El motivo no puede ser acogido pues, aunque la sentencia recurrida lo expone de manera sumamente escueta, compartimos la apreciación de la Sala de instancia de que la imputación a Abertis está justificada por ser Retevisión una filial participada al 100% por aquélla, existiendo en consecuencia una unidad de decisión entre ambas entidades.

Tal conclusión es conforme con la jurisprudencia comunitaria que, en el ámbito del derecho de la competencia, y concretamente en relación con las prácticas colusorias, delimita la imputabilidad de la conducta de la empresa filial a la matriz. Sirva de muestra la reciente STJU de 18 de diciembre de 2014 (asunto C- 434/13 P), de cuya fundamentación, en la que se citan otros pronunciamientos anteriores, extraemos los siguientes fragmentos:

<< (...) 41 De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquélla transfirió sus actividades económicas sea sancionada. En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo, han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales (sentencias ETI y otros, EU:C:2007:775, apartados 48 y 49 y jurisprudencia citada, y Versalis/Comisión, EU:C:2013:386, apartado 52).

[...]

57 A este respecto, ha de señalarse que la Comisión señaló expresamente, en el considerando 370 de dicha Decisión, que, en la fecha de la transferencia de actividades entre esas dos empresas, éstas estaban unidas en el ámbito económico por un vínculo de sociedad matriz a filial al 100 % y formaban parte de la misma empresa.

58 Pues bien, es jurisprudencia consolidada que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial. En esas circunstancias, basta con que la Comisión pruebe que la sociedad matriz es titular de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial para considerar que dicha presunción se cumple (véanse, en particular, las sentencias Akzo Nobel y otros/Comisión, C- 97/08 P, EU:C:2009:536, apartado 60; Eni/Comisión, C-508/11 P, EU:C:2013:289, apartado 47 y jurisprudencia citada, y Schindler Holding y otros/Comisión, C- 501/11 P, EU:C:2013:522, apartados 105 a 111).

59 Las recurridas en casación no pueden afirmar que la Decisión controvertida no contiene ninguna mención de esta jurisprudencia, ya que en el considerando 325 aparece una referencia expresa a ésta. Tampoco pueden alegar, en la fase de casación, que se han conculcado sus derechos de defensa por no haberse discutido esta presunción durante el procedimiento administrativo. Toda vez que no invocaron esa violación en su escrito de interposición del recurso ante el Tribunal General, en el que se limitaron a cuestionar que en su caso procediera aplicar dicha presunción, esta alegación debe desestimarse en cualquier caso por inadmisibles al ser nueva (véase, en particular, la sentencia Gascogne Sack Deutschland, C-40/12 P, EU:C:2013:768, apartados 51 y 52).

[...]



61 En cambio, en el presente asunto se trata sólo de dos sociedades mercantiles, una de las cuales es titular de la totalidad del capital de la otra, situación que se corresponde con el supuesto objeto de la sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión (EU:C:2009:536). Por lo tanto, contrariamente a la tesis defendida por las recurridas en casación, la Comisión tenía razones fundadas para basarse en la presunción de ejercicio por la sociedad matriz ITR SpA de una influencia determinante sobre la política comercial de su filial ITR Rubber.

62 Sin embargo, ha de señalarse que dicha presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante admite prueba en contrario y puede refutarse mediante la presentación de pruebas suficientes para demostrar que la filial se comporta de manera autónoma en el mercado. A este respecto, corresponde a las entidades afectadas aportar todas las pruebas relativas a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a la filial en cuestión con la sociedad matriz y que éstas consideren apropiadas para demostrar que la filial determinó de modo autónomo su conducta en el mercado, por lo que no constituirían una única entidad económica (véase, en particular, la sentencia Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartados 56, 58 y 65 y jurisprudencia citada).[...]>>.

Esta misma línea interpretativa se encuentra en diferentes pronunciamientos del Tribunal General, siendo muestra de ello sus recientes sentencias de 12 de diciembre de 2014 ( dos sentencias con esa fecha) dictadas en los asuntos T-562/08 y T-558/08 . A la fundamentación de la sentencia la dictada en el asunto T- 562/08 corresponden los siguientes párrafos, que consideramos ilustrativos:

<< (...) 44 Ciertamente, en virtud del principio de individualidad de las penas y de las sanciones, aplicable en todo procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de sanciones en virtud de las normas de la Unión sobre la competencia, una empresa sólo debe ser sancionada por los hechos que se le imputen individualmente (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de 13 de diciembre de 2001, Krupp Thyssen Stainless y Acciai speciali Terni/Comisión, T- 45/98 y T-47/98, Rec. p. II-3757, apartado 63).

45 No obstante, ese principio debe conciliarse con el concepto de empresa y con la jurisprudencia según la cual el hecho de que la sociedad matriz y su filial constituyan una sola empresa en el sentido del artículo 81 CE faculta a la Comisión para dirigir a la sociedad matriz de un grupo de sociedades la decisión por la que se imponen multas. De esa forma, debe apreciarse que, cuando la responsabilidad de la sociedad matriz se determina mediante la presunción no desvirtuada de ejercicio efectivo de una influencia decisiva en la conducta comercial de la filial, como en el presente asunto, esa sociedad matriz es personalmente sancionada por una infracción que se supone cometió ella misma en razón de los estrechos vínculos económicos y jurídicos que la unían a la filial, derivados de la tenencia de la totalidad del capital de esta última (véase en ese sentido la sentencia Metsä-Serla y otros/Comisión, citada en el apartado 37 *supra* , apartado 34).

[...]

48 Basta recordar a este respecto la jurisprudencia según la cual la presunción de responsabilidad basada en la tenencia por parte de una sociedad de la totalidad del capital de otra sociedad no sólo se aplica en los supuestos en que existe una relación directa entre la sociedad matriz y su filial, sino también, como ocurre en este caso, cuando esta relación es indirecta por la interposición de otra sociedad (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-1, apartado 90).

[...]

51 Según la jurisprudencia, para destruir la presunción de ejercicio efectivo por la sociedad matriz de una influencia decisiva en la conducta de su filial incumbía a las demandantes aportar cualquier tipo de datos sobre los vínculos organizativos, económicos y jurídicos existentes entre Rylea y Repsol Petróleo que considerasen adecuados para demostrar que no constituían una entidad económica única. Al realizar su valoración, el Tribunal debe, en efecto, tener en cuenta el conjunto de los factores que le expongan las partes, cuya naturaleza e importancia pueden variar según las características propias de cada caso ( sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de septiembre de 2009 , Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 33 *supra* , apartado 74, y sentencia del Tribunal General, de 13 de julio de 2011, Eni/Comisión, T-39/07 , Rec. p. II-4457, apartado 95).

52 La referida presunción se basa en la constatación de que, salvo en circunstancias completamente excepcionales, una sociedad a la que pertenece la totalidad del capital de una filial puede, por el solo hecho de la tenencia de todo el capital, ejercer una influencia determinante en la conducta de dicha filial y, por otro lado, que la prueba de la falta de ejercicio efectivo de ese poder de influencia se encontrará normalmente en la esfera de las entidades contra las que opera dicha presunción ( sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-8947, apartado 60)...>>.

Trasladando esas consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal General al caso que ahora nos ocupa, debe concluirse que opera aquí con plena virtualidad la presunción que determina que



la conducta de Retevisión sea imputable a Abertis. En efecto, tanto la resolución administrativa sancionadora como la sentencia recurrida ponen de manifiesto -sin que el dato haya sido cuestionado- que Retevisión está participada al 100% por Abertis, al 100%, de donde se deriva que debe operar la presunción *iuris tantum* de que esta sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en la conducta de su filial. Por otra parte, la recurrente no aportó a las actuaciones datos ni elementos de prueba que puedan servir para desvirtuar aquella presunción, resultando a tales efectos enteramente insuficiente la invocación que hace de lo dispuesto en los artículos artículo 226 y 236 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 junio, pues lo que se echa de menos es la acreditación de que en este caso la filial actuó de forma autónoma y desvinculada de su matriz.

**QUINTO.-** En el motivo de casación cuarto se alega la infracción del artículo 56 de la Ley 16/1989 en relación con los artículos 50 de la misma Ley y 44 , 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , así como de la jurisprudencia dictada en interpretación de dichos preceptos, aduciendo la recurrente la caducidad del expediente administrativo.

En el proceso de instancia la demandante alegaba dos incumplimientos de plazo que a su entender determinarían la caducidad: de un lado, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia incumplió el artículo 39 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , porque el expediente remitido por la Dirección de Investigación el 13 de mayo de 2008 y recibido en el Consejo al día siguiente fue admitido a trámite el 29 de mayo de 2008, esto es, fuera del plazo de cinco días que establece el precepto legal para acordar la admisión a trámite; y, de otra parte, la demandante alegaba que también se había incumplido el plazo máximo de 6 meses para la fase de instrucción del expediente ( artículo 56.1 de la Ley 16/1989 ), pues, admitiendo el 15 de noviembre de 2007 como fecha en la que tuvo entrada en la Dirección de Investigación la resolución del Consejo que revocó el acuerdo de sobreseimiento (que anteriormente había adoptado el Servicio de Defensa de la Competencia), la Dirección de Investigación debió finalizar la instrucción no más tarde del 14 de mayo de 2008, y puesto que la imputada no recibió notificación del Informe Propuesta antes de esta última fecha, debe declararse la caducidad del expediente conforme a lo establecido en el propio artículo 56.1 de la Ley 16/1989 .

Tales alegaciones de la demandante recibieron respuesta en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida, donde, como vimos, la Sala de instancia señala que el artículo 39 de la Ley 16/1989 no anuda el efecto de la caducidad a la inobservancia del plazo de cinco días que allí se establece; y en cuanto al plazo de seis meses que establece el artículo 56 para la duración de la fase de instrucción, la sentencia recurrida coincide con la Comisión Nacional de la Competencia cuando señala que para que la remisión produzca efecto no se exige el requisito de la notificación al interesado, sin que sea de aplicación la Ley 30/1992 ya que la remisión que hace a ésta el propio artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia no viene referida al requisito de la notificación, debiendo prevalecer por ello la norma especial contenida en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Ahora en casación la recurrente abandona el alegato referido al incumplimiento del plazo de cinco días del artículo 39 de la Ley 16/1989 y únicamente mantiene la afirmación de que se produjo la caducidad por extralimitación del plazo de seis meses establecido para la fase de instrucción el artículo 56 de la citada Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia .

En nuestra sentencia de 2 de diciembre de 2014 (casación 4619/2011 ) tuvimos ocasión de explicar que << (...) hasta la introducción del artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia por la Ley 66/1997, no había ninguna previsión específica de un plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en la materia cuya extralimitación supusiera la caducidad del expediente. En efecto, ni en la propia Ley de Defensa de la Competencia ni en los Reglamentos de funcionamiento del propio Tribunal (Real Decreto 538/1965, de 4 de marzo) o del Servicio de Defensa de la Competencia (Real Decreto 422/1970, de 5 de febrero) se contempla plazo alguno de caducidad, sino tan sólo plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un expediente sancionador; de las tres normas citadas, tan sólo el Real Decreto 422/1970 contempla un plazo global de seis meses para la instrucción del expediente por parte del Servicio (artículo 26.1 ), pero tampoco lo configura como un plazo de caducidad >>.

Partiendo de esa constatación, el planteamiento de la recurrente no resulta conciliable con el recto entendimiento de la caducidad como institución vinculada al principio de seguridad jurídica y a la exigencia de que los procedimientos administrativos no se prolonguen indefinidamente. Así, tratándose de procedimientos sancionadores o susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, la caducidad se produce cuando la Administración sobrepasa el plazo máximo para resolver legalmente establecido para cada procedimiento ( artículo 44.2 de la Ley 30/1992 ), que en el caso del procedimiento sancionador en el ámbito del derecho de la competencia es de un año ( artículo 56 de la Ley 16/1989 antes citado); pero resultaría contrario a la letra y al espíritu del precepto entender -como pretende la recurrente- que la caducidad también se produce



por la inobservancia de cualquier otro de los plazos señalados para cada uno de los distintos trámites o fases del procedimiento.

Por ello, el motivo debe ser desestimado.

**SEXTO.-** En el motivo quinto se alega la infracción del artículo 24.2 de la Constitución en relación con los artículos 80 , 135 , 137.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 37.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , por haber vulnerado la sentencia el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, aduciendo la recurrente que se le ha causado indefensión material por la arbitraria denegación de una prueba esencial para la defensa de Abertis, denegación que la sentencia de instancia confirma por considerar innecesaria la prueba.

Ante todo debe recordarse que la denegación de prueba a que se refiere el motivo de casación no se produjo en el curso del proceso -donde la Sala de instancia, por auto de 26 de julio de 2011, admitió toda la prueba documental propuesta por la representación de Abertis- sino durante la tramitación del procedimiento seguido ante la Comisión Nacional de la Competencia.

Siendo ello así, el motivo de casación debe ser desestimado al no haber desvirtuado la recurrente las consideraciones que se expone en el fundamento jurídico cuarto de la resolución administrativa sancionadora, donde la Comisión Nacional de la Competencia expone con algún detenimiento las razones por las que no cabe considerar que aquella denegación de determinadas pruebas en vía administrativa hubiese podido tener incidencia en la resolución del expediente sancionador y, en definitiva, que tal denegación hubiese causado indefensión.

**SÉPTIMO.-** En el motivo de casación sexto se alega la infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , por vulneración del principio de culpabilidad en lo que se refiere al período comprendido entre el 5 de marzo de 2007 y el 14 de abril de 2008, porque a raíz del acuerdo de sobreseimiento -que luego sería revocado- la entidad Retevisión, cuya conducta se imputa a Abertis, actuó en la confianza legítima generada por el Servicio de Defensa de la Competencia de que su conducta era conforme a derecho.

El motivo no puede ser acogido pues, dadas las fechas en que se formularon y suscribieron los contratos y cláusulas en los que se concreta la conducta sancionada, no cabe sostener que se hubiesen realizado al amparo de la confianza generada por acuerdo de sobreseimiento.

De hecho, el planteamiento de la recurrente sólo podría operar respecto de las actuaciones llevadas a cabo por Retevisión en el período comprendido entre la fecha del acuerdo de sobreseimiento -5 de marzo de 2007- y su revocación -resolución de 6 de noviembre de 2007-; pero la recurrente no ha dejado señalado ningún contrato o actuación en concreto que debieran quedar excluidos de la conducta infractora por haber sido realizados precisamente en esos meses del año 2007.

En fin, no cabe sostener que la resolución sancionadora se apartase de forma irracional o inmotivada de las razones que en un primer momento habían llevado al Servicio de Defensa de la Competencia a acordar el sobreseimiento. Muy por el contrario, dado que ese sobreseimiento -que luego sería revocado- vino en gran medida determinado porque Axion había tenido acceso a los contratos con Sogecable y Telecinco, la resolución sancionadora pone de manifiesto que tal acceso al mercado fue muy limitado, precario y efímero, dada la sujeción de aquellos contratos a condición resolutoria y el hecho constatado de su escasa duración (Fº Jº 6º, páginas 33 y siguientes, de la resolución sancionadora).

**OCTAVO.-** En el motivo séptimo se aduce que al confirmar la sentencia la sanción impuesta en la resolución por hechos no imputados en el Nuevo Pliego, como son los relativos a los contratos con RTVE y La Sexta, se vulnera el derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada y, por tanto, a no ser sancionado sin ser previamente oído (se citan como infringidos el artículo 24.2 de la Constitución en relación con los artículos 135 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 37.1 y 3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , así como de la jurisprudencia que los interpreta).

El motivo debe ser desestimado; y ello por las razones que aduce la representación de Red de Banda Ancha de Andalucía S.A.U. en su escrito de oposición al recurso de casación.

En afecto, como aduce la referida parte recurrida, la conducta que la resolución sancionadora declara abusiva no viene referida a contratos suscritos por la recurrente con RTVE y La Sexta, pues, según vimos en el antecedente segundo, lo que la Comisión Nacional de la Competencia reprocha a Abertis es el abuso de su posición de dominio en sus relaciones contractuales con Veo TV, Net TV, Antena 3, Telecinco y Sogecable. Cuando el fundamento jurídico décimo de la resolución sancionadora señala que "...las conductas sancionadas han producido un efecto de cierre anticompetitivo del mercado en relación con todos los operadores de



televisión de ámbito nacional que comparten los canales múltiples 66 a 69" no está afirmando que la conducta infractora incluya los contratos suscritos por la recurrente con RTVE y La Sexta. Lo que allí se pone de manifiesto, únicamente, es que la conducta sancionada ha provocado el cierre anticompetitivo del mercado respecto de todos los operadores de televisión de ámbito nacional que comparten los canales múltiples 66 a 69 (entre los que se incluyen RTVE y La Sexta); de ahí que para cuantificar la sanción la resolución considere procedente computar "...los ingresos obtenidos por Abertis a resultas de los contratos firmados con todos los operadores de televisión de ámbito nacional y en relación con los programas de TDT en los canales múltiples señalados".

Por tanto, no hay en la resolución sancionadora una alteración o ampliación de la conducta infractora descrita en el Pliego de Cargos. Ello sin contar con que, además, y como también pone de manifiesto la parte recurrida en su escrito de oposición, la presencia de RTVE entre los operadores del canal 66 y la de La Sexta entre los operadores del canal 69 ya estaba señalada en el pliego de concreción de hechos de 11 de abril de 2008 (folio 6225 del expediente) y no es, en consecuencia, un dato introducido *ex novo* en la resolución sancionadora.

**NOVENO.-** En el motivo de casación octavo, citando como infringidos los mismos preceptos que en el motivo anterior, la recurrente vuelve a sostener que la sentencia vulnera el derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada y a no ser sancionado sin ser previamente oído, al confirmar la sanción impuesta por hechos no imputados en el Nuevo Pliego, refiriéndose aquí la recurrente a los hechos del año 2008 pero posteriores al 14 de abril de 2008, que es la fecha del Pliego.

Pese a que el enunciado de este motivo octavo puede inducir a confusión, precisamente por utilizar la misma formulación que el motivo anterior, debe señalarse que lo que aquí se reprocha a la resolución sancionadora -y a la sentencia que la confirma- no es haber alterado o ampliado la conducta por la que se sanciona sino el haber computado, a efectos del cálculo del importe de la multa, los ingresos obtenidos por Abertis durante todo el año 2008, incluidos los posteriores a la fecha del Pliego de Cargos de 14 de abril de 2008.

Siendo ese el argumento de impugnación, debe ser desestimado.

Más adelante, al examinar otros motivos de casación, volveremos a referirnos a los criterios aplicados en este caso para determinar el importe de la multa. Sin perjuicio de lo que entonces diremos, de momento nos limitaremos a señalar que el hecho de haber tomado como referencia los ingresos del año 2008 (también, como luego veremos, los de los años 2006 y 2007) no implica que se consideren integrantes de la conducta infractora todos los contratos celebrados ese año, sino, sencillamente, que para la cuantificación de la multa se han tomado como base de cálculo -ya veremos si acertadamente o no- los ingresos de esos tres ejercicios.

Por tanto, no puede afirmarse que el sistema aplicado para la determinación del importe de la multa albergue en sí mismo una ampliación de la definición de la conducta infractora.

**DÉCIMO.-** En el motivo de casación noveno se alega la infracción de los artículos 24 de la Constitución y 326.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, por valoración irracional de la prueba en lo que se refiere al informe de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones que reconoce dos datos esenciales para la defensa de Abertis: (i) que la amortización de las inversiones para prestar el servicio Portador de Difusión puede justificar la existencia de penalizaciones por resolución anticipada del contrato; y (ii) que la contratación global del servicio para todo el territorio nacional en lugar de contratación por placas regionales supone ciertas economías de escala que justificarían los descuentos por contratación conjunta. Y también se alega en este motivo la existencia de una valoración arbitraria, irracional e inmotivada de documentación obrante en el expediente administrativo relativa a la inexistencia de cierre de mercado, así como de la documentación referida a la justificación de las conductas imputadas.

Ciertamente la sentencia recurrida no hace una valoración motivada y circunstanciada de todas las pruebas obrantes en las actuaciones y en el expediente administrativo, ni, en particular, del informe de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones al que alude la recurrente. Pero debe notarse que ni en este motivo que estamos examinando, ni en ningún otro de los motivos de casación formulados por la recurrente, se denuncia un defecto de motivación de la sentencia en este punto; reproche que, de haber existido, debería haberse incardinado en un motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Lo que se aduce en el motivo que estamos examinando es que la Sala de instancia ha valorado aquel informe y otros medios de prueba de manera irracional y arbitraria; y por ello la recurrente encauza motivo de casación por la vía del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Precisado así el alcance del motivo, es obligado recordar, una vez más, que la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia únicamente puede ser revisada en casación en supuestos excepcionales, como sucede cuando se justifique que ha incurrido en la vulneración de algún precepto regulador del valor tasado de determinados medios de prueba o cuando el análisis llevado a cabo resulta contrario a aquellas reglas,



arbitrario o ilógico. Por tanto, no basta con aducir que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser otro que se considera más ajustado, o incluso que es erróneo, sino que debe justificarse que la valoración realizada contraviene alguna norma de las que atribuyen valor tasado a determinadas pruebas, o que es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles.

Con ese punto de partida, es indudable que la parte recurrente puede legítimamente discrepar de las apreciaciones de la Sala de instancia -que, a su vez, hace suyas las de la Comisión Nacional de la Competencia-; pero ello no supone que la Sala sentenciadora haya realizado una valoración arbitraria de la prueba al hacer suyas las consideraciones que se hacen en la resolución administrativa impugnada sobre el efecto de cierre del mercado que producen, al actuar de forma combinada, los descuentos ofrecidos Retevisión y las penalizaciones previstas por rescisión anticipada de los contratos (más adelante volveremos sobre este punto).

Por todo ello, el motivo de casación noveno debe ser desestimado.

**UNDÉCIMO.-** Abordaremos ahora de manera conjunta, por estar estrechamente relacionados, los motivos de casación décimo y undécimo.

En el motivo décimo se alega la infracción de los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 82 TCE, así como de la jurisprudencia que los interpreta, aduciendo la recurrente que la sentencia confirma la sanción por abuso de posición sin que la conducta imputada hubiera producido exclusión de los competidores ni perjuicio a los consumidores ni usuarios finales. Según la recurrente la interpretación que hace la Sala de instancia no es acorde con la jurisprudencia comunitaria y nacional, que ligan la apreciación del abuso de posición de dominio a la producción de efectos que en este caso no se han acreditado. La resolución impugnada apoya su teoría de daños en la mera probabilidad de que los operadores de televisión sufran unos mayores costes y los repercutan a sus clientes; pero ante la ausencia de efectos probados la recurrente entiende que no está justificada la intervención administrativa.

En el motivo de casación undécimo, que sigue la misma línea de razonamiento, la recurrente alega la infracción de los artículos 24.2 de la Constitución, 2 del Reglamento CE 1/2003 y 137.1 de la ley 30/1992 en relación con los antes citados artículos 6 de la Ley 16/1989 y 82 TCE, así como de la jurisprudencia que los interpreta. Aduce aquí la recurrente que se ha vulnerado el derecho la presunción de inocencia al haberse invertido la carga de la prueba, pues, tratándose de una restricción por sus efectos (por contraposición a una restricción por objeto) los efectos han de demostrarse por la autoridad de competencia. La resolución sancionadora afirma que las penalizaciones por resolución unilateral anticipada, la duración de los contratos y los descuentos no constituyen una infracción *per se* del artículo 6 de la Ley 16/1989, por lo que correspondía a la Comisión Nacional de la Competencia demostrar, más allá de lo que la recurrente califica de "discursos retóricos sin respaldo fáctico", que las conductas supuestamente abusivas excluyeron a competidores con el propósito de producir un daño al consumidor.

Ambos motivos deben ser desestimados.

En los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo de la resolución sancionadora la Comisión Nacional de la Competencia expone con la necesaria amplitud las razones por las que considera acreditado el abuso de posición de dominio que se materializa en las conductas que se reprochan a la recurrente: de un lado, la exigencia, sin justificación objetiva, de cuantiosas penalizaciones a sus clientes en el caso de rescisión anticipada de los contratos y el establecimiento de una excesiva duración de los contratos, todo ello con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado; y, de otra parte, el ofrecimiento, en el marco de la negociación de los contratos, y de nuevo sin justificación objetiva, de descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse, también con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.

En concreto, frente al alegato de la recurrente de que la duración de los contratos no era achacable a Retevisión sino a los propios radiodifusores, la resolución sancionadora señala que tanto Sogecable como Telecinco y Veo TV habían afirmado lo contrario; y que las manifestaciones de estos radiodifusores encontraban respaldo en la resolución de la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones de la que se hace una específica reseña (Fº Jª 7º, en especial páginas 55 y 56).

Sin cuestionar específicamente los datos en los que se basa la resolución sancionadora relativos a la duración de los contratos, las penalizaciones previstas en caso de rescisión anticipada y características de los descuentos ofrecidos, los dos motivos de casación que estamos examinando giran en torno a un mismo argumento de impugnación: que no ha quedado acreditado que aquellas conductas que se dicen abusivas produjesen el efecto de excluir competidores con el consiguiente daño al consumidor.



Pues bien, en contra de lo que sostiene la recurrente, el reproche sancionador no se basa en la mera posibilidad o probabilidad de que la conducta produzca determinados efectos, sino que, como seguidamente veremos, los efectos derivados de la conducta infractora están debidamente identificados en la resolución.

A título de simple muestra, en el fundamento jurídico octavo de la resolución sancionadora (página 61-62) la Comisión Nacional de la Competencia explica de manera muy plástica y fácil de entender cómo el juego combinado de los descuentos ofrecidos Retevisión y de las penalizaciones previstas por rescisión anticipada de los contratos opera como mecanismo de cierre o de restricción de acceso al mercado. Dice la resolución, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) El hecho de que en las ofertas desglosadas por placas regionales realizadas por ABERTIS a ANTENA 3 y SOGECABLE en 2005 (f. 1352 y 2447 DI) no haya incluido descuento más que en el caso de la contratación global del servicio, no se puede entender de otra manera que como una práctica de exclusión de su competidor potencial AXION. En efecto, si para ABERTIS existe un coste independiente del alcance geográfico, dicho coste se debería de ir recuperando a medida que se contratara un mayor número de placas regionales. Dicho de otra manera, el descuento se habría de poner de manifiesto a medida que un mayor número de placas fuera contratado, de manera que un contrato de 16 placas permitiría aprovechar en su práctica totalidad los ahorros de costes de una red nacional, mientras que un contrato de una sola placa tendría que soportar en su precio la totalidad del coste independiente del alcance geográfico.

Sin embargo, ABERTIS no realiza ninguna oferta de descuento por la contratación de 16 placas, o de 15 placas, o de cualquier número menor, sino únicamente por la contratación conjunta de las 17 placas. Este comportamiento no resulta racional desde el punto de vista económico y, por ello, solo puede explicarse con un fin exclusionario. ABERTIS es consciente que, dada la irreplicabilidad de su red nacional, un competidor sólo puede surgir a nivel local o regional. Además, ABERTIS conocía perfectamente el alcance geográfico que tenía la red propia de emplazamientos de su potencial competidor en el mercado (AXION), que estaba concentrada esencialmente en Andalucía y en Extremadura, ampliable en su caso en virtud de los posibles acuerdos que pudiera alcanzar con operadores regionales de televisión autonómica (en Castilla-La Mancha, Galicia y País Vasco). [...]

Bajo esta fuerte limitación geográfica de la red de su competidor potencial, ABERTIS conocía que el servicio en todas las placas restantes habría de ser contratado necesariamente con ella. Así lo acredita el hecho de que las ofertas desglosadas por placas que remite a los operadores que la reclaman, contempla para todas y cada una de las placas ofertadas un precio muy inferior al de los costes fijos e independientes del alcance geográfico, que según sus propios datos ascienden a (...) anuales. La contratación de una sola placa por cualquier radiodifusor a los precios ofertados (la placa individual más cara era Andalucía con un precio de (...) anuales) implicaría incurrir en pérdidas, en tanto que (en estas condiciones) el descuento para contratación conjunta que ofertaba ABERTIS a sus clientes implicaba para los mismos la práctica gratuidad del servicio en las zonas en las que AXION tenía mayor presencia.

Los radiodifusores que solicitaron las ofertas regionalizadas afrontaban, por tanto, el escenario siguiente:

a) Contratar el servicio nacional con dos operadores:

1. con ABERTIS el servicio para todas las placas regionales salvo Andalucía y Extremadura (y en su caso Castilla-La Mancha), y no obtener descuento alguno por ello, y
2. contratar con AXION el servicio en Andalucía y Extremadura al precio ofertado por éste operador, que tendría que asumir como sobrecoste las penalizaciones por rescisión anticipada de los contratos de los operadores firmados con ABERTIS en 2001.

b) Contratar con ABERTIS la totalidad del servicio en todo el territorio nacional, con un descuento que equivalía prácticamente a obtener el servicio gratuitamente en Andalucía y Extremadura, respecto al precio ofertado por ABERTIS sin incluir estas dos regiones>>.

Por otra parte, el fundamento noveno de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia se dedica a explicar los efectos (de las conductas que se imputan a Abertis) *sobre la competencia y sobre el bienestar de los usuarios*. En particular, interesa reseñar aquí las consideraciones que se exponen en el apartado 3 de ese fundamento noveno de la resolución, del que extraemos el siguiente fragmento:

<< (...) del mencionado efecto exclusionario, o de cierre anticompetitivo de mercado de las conductas imputadas, se deriva la facultad de ABERTIS de imponer precios superiores a los que se darían en una situación de competencia, puesto que no existiría ningún competidor real en el mercado, siempre teniendo en cuenta que en conductas exclusionarias o de cierre de mercado como las que aquí se imputan el efecto sobre los precios fijados en los contratos de ABERTIS con los radiodifusores es indirecto. En concreto, el Consejo coincide con



la DI en que esta situación supone una pérdida de eficiencia global que se traslada en forma de mayores costes a los usuarios de este servicio, en este caso los operadores de televisión, que, a su vez, dada su situación financiera estructural y los retos a los que se enfrentan como consecuencia de la implantación de la TDT, es probable que repercutan en la medida de lo posible a sus clientes. En este punto, hay que distinguir entre los clientes finales, que serían las empresas anunciantes en estos medios, y los usuarios finales, los telespectadores, que no pagan ningún precio. El aumento de costes se puede trasladar a los clientes en forma de mayores precios por los espacios publicitarios o vía incremento de la publicidad, lo que no sería siempre posible debido a las limitaciones legales existentes. En consecuencia, existirían efectos sobre los consumidores y usuarios de estos servicios.

En la Comunicación - *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, la Comisión Europea subraya que el objetivo de su actividad de control de los cierres de mercado lesivos para los consumidores o cierre anticompetitivo del mercado es velar porque las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ello lesionando el bienestar del consumidor, ya sea mediante unos niveles de precios supracompetitivos o por cualquiera otros medios (párr. 19); esto es, por medios que no sean la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que ofrecen (párr. 6). Como factores que se consideran generalmente como pertinentes para valorar cuando una conducta presuntamente abusiva puede generar ese efecto de cierre anticompetitivo del mercado, se citan entre otros: la solidez de la posición dominante de la empresa, y las condiciones de entrada y expansión en el mercado, tales como las economías de escala y los efectos de red (párr. 20). Y añade a continuación que en ciertas circunstancias no es necesario un examen detallado para concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores; en particular "cuando la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficacia, cabe concluir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no prueben esos productos..." (párr. 21).

El Consejo considera que estas consideraciones sobre los abusos excluyentes o exclusionarios son procedentes en este expediente: el monopolio de ABERTIS se ha demostrado hasta la fecha inmutable al proceso de liberalización del mercado, que ha presentado y presenta barreras significativas a la entrada, que sólo es factible en momentos temporales muy concretos, y en aquellos momentos en los que AXION hizo intentos para aprovechar las posibilidades de entrada, ABERTIS contestó con un conjunto de conductas negociales y contractuales (exclusivas de larga duración cerradas con elevadas cláusulas de penalización por resolución anticipada y descuentos vinculados a la larga duración) que generan un evidente y prolongado cierre del mercado y que no generan ninguna eficiencia relevante para los usuarios.

ABERTIS ha afirmado que son los operadores de televisión quienes optan por excluir la competencia a largo plazo, que si lo hacen es porque se consideran compensados por los descuentos que obtienen, porque entienden que es lo que más les conviene. El Consejo considera que no es descartable que, ante la imposibilidad de que AXION entrase (por el efecto combinado de las barreras técnicas y regulatorias de entrada y las conductas de ABERTIS) en el mercado cumpliendo los requisitos de cobertura poblacional en los tiempos marcados por el segundo PTNTDT, los radiodifusores hayan elegido la larga duración como única vía para reducir el precio del servicio. Pero, con independencia de que los descuentos por larga duración puedan beneficiar a ambas partes, no es posible admitir en Derecho que la economía de mercado, como orden público constitucionalizado, pueda quedar al arbitrio de los intereses privados de quienes

concurran como oferentes y demandantes en el mercado, porque si así fuese no tendría ninguna eficacia la legislación de defensa de la competencia y, en particular, la prohibición de abuso de posición dominante [...]>>.

Quedan así suficientemente explicados en la resolución sancionadora -confirmada por la sentencia recurrida- los efectos que cabe anudar a las conductas que se imputan a Abertis.

A ello cabe ahora añadir que la conducta tendente al cierre del mercado causa también un perjuicio, aunque sea de forma indirecta, a los consumidores y usuarios finales; y ello por varias razones. De un lado, la jurisprudencia comunitaria tiene señalado que el perjuicio a los consumidores también existe cuando la conducta abusiva se dirige contra una estructura de competencia efectiva del mercado -pueden verse en este sentido diversas SsTJUE fechadas a 16 de septiembre de 2008 (asuntos C-468/06 a C-478/06) así como STJUE 17 de febrero de 2011. Por otra parte, es fácil entender que el incremento de costes para los operadores de televisión -sean públicos o privados- acaba repercutiendo en los usuarios finales; y, en fin, como señala la representación Red de Banda Ancha Andalucía S.A.U. en su escrito de oposición al recurso, la conducta anticompetitiva no tiene que ir específicamente dirigida a un aumento del precio del servicio, pues su finalidad puede ser la de mantener unos precios anticompetitivos que no persistirían en un contexto de competencia efectiva en el mercado.



**DECIMOSEGUNDO.**- En el motivo de casación decimosegundo se alega la infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 6 de la Ley 16/1989 y 82 TCE, así como de la jurisprudencia que los interpreta, aduciendo la recurrente que en este caso está acreditada la ausencia de elemento volitivo en las conductas sancionadas, al existir justificación objetiva para ellas, por lo que se ha vulnerado el principio de culpabilidad.

El motivo no puede ser acogido porque parte de una premisa que se aparta de lo declarado en la sentencia y aun la contradice abiertamente. La recurrente sostiene que falta el elemento subjetivo (culpabilidad) porque existe justificación objetiva para las conductas sancionadas. Pero lo que declara la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia y la sentencia que la confirma es precisamente que las conductas se llevaron a cabo sin justificación objetiva para ellas.

Tal falta de justificación objetiva queda explicada con detalle en el fundamento séptimo de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia. Interesa en particular el apartado 3.1 de ese fundamento séptimo, cuyo contenido extractamos a continuación:

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia comienza recordando "...que el mercado de la difusión de señales de televisión es un mercado caracterizado por la existencia de muy escasas ventanas de oportunidad para la entrada de operadores al mercado"; y señala, citando a la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, que esas ventanas de oportunidad "...coinciden con momentos muy precisos en los que o bien se incrementan las concesiones o bien se renuevan las existentes". Por tanto, la competencia entre las empresas se lleva a cabo en el momento de la contratación donde los operadores compiten por el cliente, generalmente mediante concurso. Una vez asignado el servicio a un operador, las ventanas u oportunidades de competir por el cliente, que serían las siguientes: la primera ventana se abre con la implantación de la TDT en 1999, siendo Abertis todavía el monopolio legal prestador del servicio; la segunda ventana se produce en 2005, momento en que se amplía el mercado al conceder el Gobierno a los radiodifusores privados los programas inicialmente asignados a Quiero TV, e introducir de manera simultánea un nuevo operador en el mercado (La Sexta). Sin embargo, existían en ese momento importantes barreras técnicas y regulatorias para la entrada de competidores en el mercado, entre ellas la existencia de los contratos en vigor ya firmados entre Abertis y los radiodifusores privados (excepto La Sexta) en 2001 y 2002 para la difusión de un programa digital a cada operador, y que hubieran tenido que ser resueltos de manera unilateral con la indemnización correspondiente. El efecto de cierre de estas barreras técnicas y regulatorias resultó incrementado de forma significativa -señala la resolución sancionadora- por las conductas desplegadas por Abertis, con el objeto de neutralizar los serios intentos de Axion de entrar en el mercado durante el año 2005 en aquellas zonas geográficas (Andalucía, Extremadura) en las que disponía de emplazamientos propios que le permitían crear una red propia de difusión. No obstante Abertis, a través de descuentos injustificados por contratación del servicio en todo el territorio nacional para los operadores que solicitaron esta clase de oferta por placas regionales, impidió que su competidor pudiera aprovechar las posibilidades de entrar en el mercado.

En 2006 (aunque con efectos de noviembre de 2005) Abertis suscribe con todos los radiodifusores contratos de larga duración que incluyen cláusulas de penalización injustificadamente elevadas por resolución anticipada del contrato.

Durante el periodo 2006-2007 Axion realiza diferentes intentos de entrada en el mercado, que de nuevo resultan fallidos por tres razones fundamentales que la propia resolución explica y a las que no es ajena, desde luego, la intervención de Abertis.

En este contexto se desarrollan entre octubre y diciembre de 2007 los concursos convocados por Sogecable, Telecinco y Net TV; un proceso en el que -explica la resolución- Abertis se había asegurado, mediante las prácticas antes descritas, la obtención de una clara ventaja competitiva.

Como ganador de los concursos, en enero y marzo de 2008, Abertis firma nuevos contratos con estos tres radiodifusores; contratos de muy larga duración (2016 ampliable a 2020), en los que se han introducido modificaciones relevantes respecto de los propuestos inicialmente por los radiodifusores. En particular, se produce la desaparición de la cláusula de resolución anticipada unilateral, se introduce la facultad de ampliar la duración hasta 2020, y un "descuento promocional" para el periodo de dos años que media entre abril de 1998 y hasta abril de 2010 (fecha del apagón analógico), con la obligación de devolución del total de las cantidades descontadas si los contratos fueran objeto de resolución en cualquier momento y por cualquier causa distinta del incumplimiento, y a mayores de la indemnización que corresponda conforme al Derecho de daños.

El efecto de estos contratos es claro: el cierre efectivo del mercado para la próxima ventana de oportunidad (la tercera ventana) que se producirá en abril de 2010, tras el denominado apagón analógico, momento en que se ampliará el número de canales múltiples disponibles, y está previsto que cada radiodifusor privado pueda



acceder en exclusiva a la explotación de un canal múltiple completo, y RTVE a dos canales ( DA 3ª del RD 944/2005 ).

Tras ese relato de cómo se había conducido la liberalización de este mercado, las barreras que subsistían en los momentos en que se produjeron ventanas de oportunidad de entrada, y cómo respondió el operador dominante a los intentos de entrada de Axion, la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia aborda en los apartados siguientes del mismo fundamento jurídico séptimo un análisis de las conductas de Abertis a fin de determinar sus efectos sobre la competencia efectiva en el mercado, examinando de manera diferenciada los efectos de las cláusulas de resolución anticipada con penalizaciones (fundamento séptimo, apartado 3.2) y los efectos derivados de la larga duración de los contratos (fundamento séptimo, apartado 3.2).

Como corolario de todo lo anterior, la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ofrece -ya en el fundamento jurídico décimo, relativo a la cuantificación de la multa- una última consideración acerca de la falta de justificación de las conductas y la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción:

<< (...) El Consejo aprecia que Abertis ha infringido deliberadamente los arts. 82 TCE y 6 LDC , pues como antiguo monopolista legal y actualmente de facto no podía desconocer las dificultades a las que se enfrentaba un potencial entrante en el mercado considerado. En particular, Abertis era consciente de que las conductas imputadas no estaban justificadas por la magnitud de las inversiones realizadas y producían el cierre total de las sucesivas ventanas de oportunidad de entrada al mercado>>.

No habiendo sido desvirtuadas en el proceso, ni ahora en casación, las consideraciones de la resolución sancionadora que acabamos de reseñar, y que la sentencia recurrida confirma, no cabe sostener, aunque así lo pretenda la recurrente, que las conductas que se reprochan a Abertis tengan una justificación objetiva ni que se haya vulnerado el principio de culpabilidad.

**DECIMOTERCERO.-** En el motivo decimotercero se alega la infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional, al haberse vulnerado el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables en relación con la determinación del importe de la sanción. Según la recurrente, de los cálculos hechos por la Comisión Nacional de la Competencia y de determinados requerimientos que se practicaron antes de imponer la multa se infiere que se ha aplicado, sin mencionarla, la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, más desfavorable que la normativa que habría resultado aplicable *ratione temporis* .

Este motivo debe ser acogido.

Habiéndose formulado en el proceso de instancia, este alegato de que el importe de la multa se había fijado aplicando la comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, la Sala de la Audiencia Nacional lo desestima con alguna ligereza, limitándose a señalar que "...no resulta de la lectura de la Resolución que se le hubiera aplicado tal criterio" (fundamento sexto de la sentencia).

Frente a esa lacónica respuesta, lo cierto es que si se realizan las sencillas operaciones que propone la recurrente se constata que, en efecto, la cuantificación de la multa se ha llevado a cabo siguiendo los criterios de la Comunicación de Multas de 18 de febrero de 2009, pues, aunque la resolución sancionadora no menciona esa Comunicación, lo cierto es que a partir de las magnitudes de ingresos de los años 2006 a 2008 que había facilitado Retevisión [50.928.73721 € para el año 2007, 49.702.29091 € para el 2007 y 50.069.72997 € para el 2008, lo que supone un total para los tres ejercicios de 150.700.75369 euros] la resolución aplica, sin mencionarlos, los coeficientes reductores previstos en el apartado 15 de la Comunicación de Multas (075 para el año 2007 y 050 para el 2006), pues sólo de ese modo se explica que la cifra de ingresos que la resolución toma como base para calcular la multa no sea la cifra facilitada por Retevisión (150.700.75369 €) sino la cantidad de 113.294.31588 €, que es precisamente la que se obtiene aplicando aquellos coeficientes. Y una vez determinada esa cantidad base, la resolución sancionadora sigue los pasos y criterios previstos en aquella Comunicación -siempre sin mencionarla- y aplica el porcentaje del 20% que en ella se contempla para las infracciones muy graves, resultando de ello la cifra de 22.658.863 €, que es la multa que se impone.

Es claro entonces que, por más que la resolución sancionadora haya pretendido camuflarlo, y aunque la sentencia de instancia no lo haya detectado, la cuantificación de la multa se llevó a cabo aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009 . Y ello es contrario a derecho no sólo porque, como señala la recurrente, supone la aplicación retroactiva de un método de cálculo que fue ideado para la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, siendo en este caso de aplicación la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, sino porque incluso para los procedimientos sancionadores regidos por la Ley 17/2007 esta Sala, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013 ), ha declarado en reiteradas ocasiones que << el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación

*de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia >>.*

Ello conduce a concluir que el motivo decimotercero debe ser estimado, pues el cálculo de la multa de ha realizado en este caso siguiendo -aunque de manera encubierta- los criterios de la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, cuando la Comisión Nacional de la Competencia debiera haberse atendido a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio .

**DECIMOCUARTO.-** Las razones expuestas en el apartado anterior determinan que deba también ser estimado el motivo de casación decimoquinto en el que, citándose como infringidos los artículos 103 de la Constitución , 1.4 del Código Civil , 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y 53.2 y 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , se reprocha a la sentencia el haber confirmado que la sanción se imponga en su grado máximo.

En este motivo la recurrente aduce que la resolución sancionadora incluye indebidamente ciertos conceptos para la cuantificación agravada de la sanción y que no concurren las circunstancias agravantes que justifican la imposición de la sanción en su grado máximo. Entiende que, puesto que se ha demostrado la falta de intencionalidad, no cabe apreciar la agravante de que "no existe justificación para las conductas realizadas", pues la falta de justificación no es una circunstancia agravante. Añade que la desproporción de la sanción -en términos relativos si se la compara con el volumen de negocio- se aprecia por comparación con los propios precedentes de la Comisión Nacional de la Competencia en otros casos. Alega, además, la indebida inclusión de determinados ingresos por conceptos que no pueden ser objeto de reproche; y añade, en fin, que no puede ignorarse la ausencia de algunas de las agravantes más significativas, como la reincidencia.

Algunas de las alegaciones que formula la recurrente carecen de consistencia. Así, frente a lo que se razona en el motivo de casación debe notarse la falta de justificación de la conducta no ha sido considerada en la resolución sancionadora una circunstancia agravante, pues se trata de un elemento constitutivo del tipo infractor consistente en la explotación abusiva de la posición de dominio. Y, por otra parte, la ausencia de reincidencia sólo indica que no concurre esa concreta circunstancia de agravación, pero no constituye por sí misma una atenuante.

Ahora bien, por encima de éstas y otras objeciones que pudieran hacerse a varios de los argumentos que se exponen en el motivo de casación, debe prevalecer la constatación que hemos hecho en el apartado anterior de que la resolución sancionadora, aunque invoca expresamente lo dispuesto en el artículo 10 del Ley de la Ley 16/1989 , no se ciñe en realidad a las bases y criterios de graduación establecidos en ese precepto sino que lleva a cabo la cuantificación de la multa aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009.

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

**DECIMOQUINTO.-** Por último, examinaremos de manera conjunta, por existir entre ellos una estrecha relación, los motivos de casación decimocuarto y decimosexto.

En el primero de ellos -motivo decimocuarto- se alega la infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional, en relación con la medida estructural acordada consistente en reconocer a todos los operadores de TV el derecho de resolución anticipada de sus contratos. La sentencia recurrida afirma que esta medida tiene cabida en el artículo 46.2 de la derogada Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , lo que niega la recurrente por entender que, a diferencia del artículo 53 de la Ley 15/2007 actualmente vigente, aquel precepto de la Ley 16/1989 solo contemplaba la adopción de las medidas de comportamiento y no las estructurales.

Esta impugnación se complementa con la formulada en el motivo decimosexto, donde, citando como infringidos los artículos 103 de la Constitución , 1.4 del Código Civil , 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y 53.2 y 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , la recurrente aduce la falta de proporcionalidad de la referida medida. Por dos razones: de un lado, porque la medida acordada deja el cumplimiento de unos contratos que no han sido declarados nulos al arbitrio de una sola de las partes contratantes, privando a Retevisión del 60% de sus ingresos; de otra parte, porque el efecto perseguido puede obtenerse por otros medios menos restrictivos. Añade la recurrente, en fin, que la desproporción es manifiesta teniendo en cuenta lo acordado por la propia Comisión Nacional de la Competencia en su resolución de 16 de julio de 2009 (expediente de concentraciones C-0084/08 y acumulado C-0110/08) en la que, si bien se

acordó la resolución anticipada de los contratos, no se hizo -como en el presente caso- con carácter inmediato y respecto de todos los contratos en vigor.

La sentencia recurrida no especifica en qué apartado del artículo 46.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, quedaría amparada la medida adoptada en la resolución sancionadora; pero entendemos que puede ser incardinada sin dificultad en el artículo 46.2.c/ de dicha Ley, que, con una formulación amplia, faculta a al órgano regulador para ordenar la *remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público*. Por tanto, no puede decirse que una medida tendente a ese fin carezca de cobertura legal.

Ahora bien, lo anterior no impide que apreciemos el argumento aducido por la recurrente en el motivo en el motivo de casación decimosexto de que la medida acordada incurre en falta de proporcionalidad.

En efecto, la medida dispuesta en el apartado 6 de la parte dispositiva de la resolución sancionadora reconoce a todos los operadores de TV que hubiesen contratado con Retevisión el derecho de resolución anticipada de sus contratos, lo que supone otorgarles la posibilidad de apartarse unilateralmente de unas cláusulas contractuales que -debe ser destacado aquí- no han sido declarado nulas. Fácilmente se comprende que la remoción de los efectos derivados de la conducta infractora es una finalidad que puede y debe lograrse aplicando medidas o fórmulas más matizadas, que permitan una aplicación gradual y en cuya concreción pueda intervenir la voluntad negocial de las partes. Tales cualidades están del todo ausentes en la medida ordenada en la resolución, por lo que el motivo de casación decimosexto debe ser acogido.

**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 fijado 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 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.

Procede asimismo la anulación 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.

**DECIMOSEPTIMO.-** De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

## FALLAMOS

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

2.- Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Abertis Telecom 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 cifrándose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10, sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; y sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa de cuantía superior a la sanción (22.658.863 euros) que ahora se anula.

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

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

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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

### Voto Particular

**VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado de esta Sala D. Eduardo Espin Templado a la Sentencia de fecha 23 de abril de 2.015, recaída en el recurso de casación número 2064/2.012.**

Con el mayor respeto a la decisión mayoritaria, discrepo de la misma en cuanto a que la resolución sancionadora haya acreditado que Abertis haya incurrido en el abuso de posición dominante por el que ha sido sancionada. Expongo a continuación, de forma sucinta, las razones de mi discrepancia.

Mi disenso se circunscribe a la respuesta dada por la Sala en el fundamento de derecho undécimo a los motivos décimo y undécimo del recurso de casación formulado por Abertis; y, de forma derivada, a la respuesta ofrecida en el fundamento de derecho decimosegundo de la Sentencia mayoritaria al motivo duodécimo del recurso. En el citado fundamento undécimo la Sala razona sobre el carácter abusivo de la conducta de la recurrente, que habría producido una efectiva exclusión de los competidores del mercado afectado y perjuicios a los consumidores y usuarios finales. En el fundamento duodécimo se rechaza la ausencia del elemento subjetivo (culpabilidad), razón alegada sobre la base de que existía una justificación objetiva para la conducta sancionada.

No cabe duda de que la apreciación de si se ha producido una conducta antijurídica por abuso de posición de dominio resulta con frecuencia extremadamente complicada, ya que no siempre es fácil distinguir entre la legítima actuación competitiva de una empresa, a pesar de su posición relevante en un concreto mercado, y una conducta abusiva que pretenda cerrar dicho mercado a sus competidores, así como tampoco es sencillo apreciar los efectos anticompetitivos supuestamente producidos por la conducta discutida. 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 2.007) a la vista del informe del regulador sectorial, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 18 de enero de 2.007, 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.

Pues bien, en opinión de quien suscribe las razones que abonaron el sobreseimiento del expediente son al menos de igual peso y fuerza argumental que las esgrimidas en la resolución sancionadora, avaladas y citadas expresamente en la Sentencia mayoritaria. En aquéllas se dice:

#### " IX. Valoración y propuesta de sobreseimiento

A la vista de los hechos posteriores al pliego, concretamente el informe remitido por la CMT y la firma de los contratos entre AXIÓN con dos operadores y teniendo en cuenta las alegaciones de ABERTIS, procede revisar la valoración de las imputaciones realizadas en el PCH.

#### A. Penalizaciones por rescisión anticipada de los contratos



En el PCH se afirma que la cláusula de penalización supone una barrera de entrada al nuevo operador y aparece en los contratos en el momento que AXIÓN intenta entrar en el mercado. A partir de la información del expediente y de las alegaciones de ABERTIS, cabe una interpretación alternativa:

(1) La resolución unilateral anticipada de la relación contractual es práctica contemplada con carácter general en el ordenamiento jurídico, por el artículo 1124 del Código Civil. Por aplicación de este artículo, ante cualquier rescisión unilateral de un contrato, puede exigirse, o bien el total cumplimiento de la obligación contractual, o bien la resolución, con resarcimiento de daños. Tal sería el derecho de ABERTIS en ausencia del pacto expreso de condiciones para la rescisión unilateral anticipada de los contratos.

(2) Por ello, al pacto explícito de una penalización puede interpretarse como ticket de salida de la obligación contractual o como limitación de la incertidumbre que se derivaría de un eventual litigio, al amparo del mencionado precepto. Esta interpretación conferiría a las cláusulas un carácter pro competitivo.

(3) En esta línea de razonamiento es básico el informe de la CMT, que considera justificable la práctica de convenir estas penalizaciones para compensar las inversiones específicas no amortizadas que el operador debe realizar para poder prestar el servicio al cliente.

(4) La cuestión se retrotrae entonces a valorar si la cuantía fijada en estas cláusulas permite la salida del contrato. Los hechos desmienten que las citadas cláusulas de penalización por rescisión anticipada, por su cuantía, hayan constituido una barrera de salida de la obligación contractual que impida la entrada de un competidor.

(5) ABERTIS, en sus alegaciones al PCH presenta una relación de inversiones a realizar para la prestación del servicio. Este Servicio acepta dicha relación como justificación objetiva de las cláusulas de penalización por rescisión anticipada, sin perjuicio de que, de no ser ciertos los datos, sería de aplicación el artículo 10.6 de la LDC.

(6) Ha de tenerse en cuenta, igualmente, que la modulación decreciente de las penalizaciones pactadas es coherente con la interpretación de que responden a la progresiva amortización de las inversiones realizadas para poder prestar a cada cliente, los servicios contratados. Además, no se puede concluir que el importe definitivamente pactado por ABERTIS con sus clientes haya sido impuesto por la dominante; el [confidencial], ABERTIS solicita a [confidencial] penalizaciones equivalentes a [confidencial] meses de cuota, según el momento de la rescisión unilateral; no obstante, a la firma del contrato, el 30 de marzo de 2006 las penalizaciones efectivamente pactadas son inferiores: de [confidencial].

#### **B. Duración de uno de los contratos y descuento pactado**

El punto 9º de la valoración jurídica efectuada en el PCH, referente a la duración de los contratos, sostiene que la duración injustificadamente larga del contrato tiene el efecto de cierre de un mercado constituido por un número limitado de clientes potenciales. Los argumentos aportados por ABERTIS en sus alegaciones al PCH aconsejan cambiar la calificación de la duración de su contrato con uno de los operadores.

(7) En primer lugar, debe recordarse que, la Resolución de la CMT de 12/6/2003 en el expediente MTZ 2002/6935 reconoce que un contrato con una vigencia mínima de diez años puede generar barreras de entrada, pero considera que las alternativas que ABERTIS ofreció a sus clientes "proporcionan la flexibilidad suficiente para que éstas opten por un contrato de duración inferior a diez años".

(8) Es significativo, igualmente, como se ha visto en el apartado correspondiente de esta propuesta, que los contratos de ABERTIS con [confidencial] anteriores a los actualmente vigentes tenían una duración de diez años y que uno de ellos, pasó a firmar un contrato a cinco años. Este hecho permite presumir que la duración del contrato de [confidencial] no fue impuesta por la dominante sino negociada de acuerdo con las necesidades de este cliente.

(9) La cuestión de hasta qué punto tal duración representa una barrera de salida se reconduce al análisis de las condiciones en las que el cliente puede ejercitar la rescisión unilateral. Según la cláusula 14.2 del contrato, el cliente puede ejercitar la rescisión unilateral a partir de 3 de abril de 2010 con el pago de una penalización de [confidencial] para el 80% de cobertura y [confidencial] mensualidades de servicio correspondiente a la ampliación de cobertura del 80% al 90% de la población. Para valorar las penalizaciones, son de aplicación las anteriores consideraciones efectuadas sobre esta cláusula, que se ha considerado objetivamente justificada por las inversiones a realizar.

(10) Respecto al descuento del [confidencial] en el referido contrato entre ABERTIS y [confidencial] la alegación de ABERTIS de que "cuanto mayor sea el plazo contratado por un cliente, mayores serán las posibilidades del operador para amortizar la totalidad de la inversión realizada para prestar dicho servicio, y a ello obedece precisamente el descuento del [confidencial] de la facturación" tiene un carácter genérico y, carente



de estimaciones numéricas, no demuestra exacta ni aproximadamente la relación entre amortizaciones y descuento. No obstante, a la vista de la nueva situación que se produce en el mercado con la entrada de AXIÓN, contratando con dos de los seis clientes privados de ámbito nacional, puede ser admitida como un legítimo esfuerzo competitivo

### **C. Descuentos por contratación conjunta de todas las placas regionales**

En el punto 6º de la valoración jurídica efectuada en el PCH, relativo a los descuentos ofrecidos por ABERTIS en la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales, se señala como método que la autoridad de competencia debe mostrar el efecto excluyente potencial de los descuentos, aunque la empresa dominante tenga derecho a esgrimir su justificación objetiva. A la vista de los hechos que se producen en el mercado con posterioridad a la formulación del PCH, la valoración debe cambiar:

(11) En primer lugar, la CMT, en su informe de 29 enero de 2007, señala que, como cuestión de principio, la contratación global del servicio para todo el territorio nacional en lugar de contratación de dicho servicio por placas regionales supone ciertas economías que los justificarían. Esto significa que la práctica, per se no puede valorarse como anticompetitiva.

(12) Tal valoración viene corroborada por el examen del pliego de Condiciones Técnicas para la Contratación de los Servicios de Distribución y Difusión de los programas TVE1 y La2. En este pliego, la emisora pública, cuya difusión se hace efectivamente por placas regionales, permite a los oferentes concurrir a la totalidad de las placas regionales o sólo a alguna de ellas. En caso de hacerlo a varias de ellas, la oferta conjunta deberá ser siempre más económica que la suma de las ofertas a las Partidas (placas regionales) que se presente.

(13) En el punto 7º de la valoración jurídica efectuada en el PCH sobre el carácter excluyente de los de los descuentos se afirma que para ser competitivo en una región, el suministrador alternativo de ABERTIS tendría que compensar al cliente de la pérdida del descuento por contratación conjunta ofrecido por la dominante. Pero, según resulta de los hechos posteriores al PCH, AXIÓN ha entrado en el mercado nacional sin precisar hacerlo en regiones determinadas.

(14) De hecho, las ofertas de ABERTIS por placas regionales fueron solicitadas por empresas de televisión de alcance nacional, con la previsible intención de contratar con AXIÓN aquellas placas regionales para las que la oferta de este operador era más competitiva. Pero, en realidad, estas ofertas de AXIÓN por placas regionales, no eran más que un subterfugio para poder acceder de alguna forma al mercado. Ni los operadores privados de televisión tienen dimensión regional, ni la tiene el mercado relevante. ABERTIS gestiona una red de dimensión nacional, las cadenas privadas de televisión están habilitadas con carácter nacional y la vocación del competidor entrante, AXIÓN es, igualmente la de operador nacional. Habiendo ya entrado AXIÓN en el mercado nacional, los obstáculos que en su día le supusieran los descuentos de ABERTIS para el acceso al mercado en una forma más imperfecta y que ya no se pretende, tienen que pasar a valorarse como irrelevantes.

### **X. CONCLUSION**

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

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

Las prácticas imputadas, que no han impedido la entrada en el mercado de un competidor, pueden, además, cada una de ellas justificarse objetivamente por las inversiones que conlleva la prestación del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual digital o por las economías que permite la prestación del servicio a todo el territorio nacional en vez de hacerse por placas regionales. Añádase que el pacto sobre la rescisión unilateral anticipada puede interpretarse en un sentido pro competitivo.

El principio de presunción de inocencia debe aplicarse con estricto rigor en los expedientes sancionadores. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, resulta que existe, para las prácticas observadas, una explicación distinta de la de una conducta abusiva. Hemos encontrado que, en primer lugar, la CMT opina que, al menos genéricamente, hay justificación objetiva para ellas; en segundo lugar, se ha visto que la interpretación de las cláusulas de penalización por rescisión anticipada puede ser pro competitiva y, finalmente, que ABERTIS,



para prestar los servicios contratados, realiza una serie de inversiones, que debe amortizar. En esta situación, no puede sostenerse la calificación de dichas prácticas como una conducta abusiva.

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

Por todo lo expuesto, se propone el sobreseimiento del presente expediente, debiéndose dar cuenta a los interesados de esta propuesta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37.4 de la Ley 16/1989." (Apartados IX y X de la providencia del instructor de 14 de febrero de 2.007)

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.

Dado en Madrid, a 23 de abril de 2.015.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.