



Roj: **SAN 585/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:585**

Id Cendoj: **28079230062015100063**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/02/2015**

Nº de Recurso: **139/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 585/2015,**
STS 1252/2018,
ATS 8705/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000139 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04109/2012

Demandante: ABERTIS TELECOM, S.A.U

Procurador: SR. D. EDUARDO CODES FEIJOO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASTRA IBERICA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

S E N T E N C I A N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a veinte de febrero de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Abertis Telecom SAU**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Eduardo Codes Feijoo, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de febrero de 2012**, relativa a

sanción, siendo **Codemandada** ASTRA IBERICA y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Manuel Lanchares Perlado y la cuantía del presente recurso de 13.755.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por promovido Abertis Telecom SAU, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Eduardo Codes Feijoo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de febrero de 2012, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diez de febrero de dos mil quince.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de febrero de 2012, relativa a prácticas abusivas.

La parte dispositiva de la Resolución impugnada es del siguiente tenor:

"PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del TFUE , de la que es autora la empresa ABERTIS TELECOM S.A.U., consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS TELECOM, S.A.U., para la difusión de señales de TDT en España y de servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT en España, mediante una práctica de estrechamiento de márgenes tal y como se define en el Fundamento de Derecho Noveno, que ha tenido lugar , desde abril de 2009 y hasta la actualidad.

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

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

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

SEGUNDO : La descripción de la recurrente contenida en Resolución de la CNC que hoy examinamos, es la siguiente:

"ABERTIS TELECOM, S.A.U. (ABERTIS), filial al 100% de ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., es una compañía que a su vez dispone del 100% de Retevisión I, S.A. y Difusió Digital Societat de Telecomunicacions S.A.

Asimismo, ABERTIS es accionista del operador de satélites Hispasat (33,4%), que controla conjuntamente junto a las entidades públicas SEPI, CDTI e INTA (M.5105 ABERTIS/SEPI/CDTI/INTA/HISPASAT). También participa en los operadores de satélites Eutelsat (31,96%), en Torre de Collserola, S.A. (41,8%), y posee una participación mayoritaria en la sociedad Overon (51%), que controla conjuntamente con el grupo Imagina (N-06001 ABERTIS TELECOM-MEDIAPRO- ALELLA).

ABERTIS, a través de sus filiales, dispone de una red digital de transporte y difusión de señales audiovisuales de cobertura nacional, con más de 3.200 emplazamientos que le permiten prestar servicios de transporte y difusión

de la señal audiovisual con tecnología digital a las cadenas de radio y de televisión de ámbito nacional, así como a las cadenas de radio y televisión autonómicas y locales dentro de diversas Comunidades Autónomas. Asimismo, gran parte de esta red proviene de la antigua red monopolística de difusión de RETEVISIÓN.

ABERTIS pertenece a un grupo internacional que gestiona infraestructuras para la movilidad y las telecomunicaciones a través de cinco áreas de negocio: autopistas, infraestructuras de telecomunicaciones, aeropuertos, aparcamientos y parques logísticos."

La descripción técnica del mercado de transporte y difusión de la señal audiovisual se recoge en la Resolución en los siguientes términos:

"La cadena de valor desde un punto de vista técnico, que va desde la producción de la señal audiovisual por el radiodifusor hasta su recepción por el espectador final sería la siguiente:

- Servicio de transporte a cabecera (contribución): constituye la comunicación punto a punto de la señal audiovisual desde el centro de producción del radiodifusor a la cabecera de red de difusión. La contribución permanente se realiza principalmente por redes fijas y la ocasional desde unidades móviles que se desplazan para retransmitir acontecimientos puntuales.

- Servicio de transporte a los centros emisores (distribución): constituye la comunicación punto a multipunto de la señal del canal múltiple digital, desde la cabecera de red de difusión hasta los centros emisores del operador técnico que constituyen la red de difusión primaria.

- Servicio de difusión: implica la emisión de la señal audiovisual en la correspondiente zona de servicio, mediante la red de difusión primaria, constituida por los centros emisores, y la red de difusión secundaria integrada por los centros reemisores (que reciben la señal de los centros emisores).

Los servicios de transporte y difusión son complementarios pues satisfacen necesidades distintas, aunque están estrechamente vinculados.

Ambos tramos pueden ser teóricamente prestados por un mismo operador o por operadores distintos. El transporte de la señal se puede realizar por diversos medios: cable, radioenlace o satélite, de manera que cualquier operador que disponga de redes adecuadas y según las exigencias del difusor, podría prestar potencialmente los servicios de transporte. En cambio, las licencias que habilitan a los radiodifusores para la emisión de sus señales de televisión les obligan a difundirlas utilizando la tecnología digital terrestre, con unas exigencias de cobertura de la población muy significativas.

Si bien es cierto que a diferencia de la difusión de la señal audiovisual, los operadores de televisión no están condicionados legalmente a utilizar para el transporte un medio de transmisión o tecnología concreto, en la práctica el transporte de distribución desde la cabecera de red hasta los centros emisores, que constituyen la red primaria de difusión, se realiza utilizando la vía satelital, por razones de eficiencia. Dicho medio de transmisión principal se complementa con una red terrenal de respaldo para los centros más importantes que permite disponer de redundancia en la transmisión y garantizar una mejor calidad y continuidad del servicio.

La Comisión Europea en la operación de concentración Abertis/SEPI/CDTI/INTA/Hispasat, aprobada el 26 de junio de 2008 (Asunto M.5105 Abertis/SEPI/CDTI/INTA/Hispasat), ha señalado que el satélite es un elemento imprescindible para la prestación del servicio de distribución de la señal de televisión digital terrestre, ya que otras tecnologías no son viables en determinados emplazamientos, y con el satélite se evitan las interferencias que se generarían con otras tecnologías.

De hecho, en los contratos de los operadores de televisión nacional con ABERTIS (HP 4) se especifica que el servicio de transporte lo prestará vía satélite utilizando capacidad tecnológica y cobertura nacional completa, y se dotará de distribución terrestre de respaldo a determinados centros, especificados en el contrato. Así, desde el respectivo telepuerto se distribuye por satélite a los centros de emisión la señal encriptada y dotada de un sistema de acceso condicional.

Por otro lado, dado que el servicio de transporte de distribución es un servicio complementario a la difusión de la señal de televisión, su prestación requiere de la instalación de equipos de recepción de señales en los centros desde los que se difunde la señal a los usuarios finales.

El operador y la modalidad de transporte de distribución elegido por los radiodifusores están condicionados por las infraestructuras de recepción de señales de transporte en cada emplazamiento de difusión, lo que suele llevar a que el transporte de distribución y la difusión se contraten conjuntamente. De esta manera, los operadores de difusión suelen prestar también el servicio de transporte hasta su red de difusión ya desplegada, debido a que al controlar los centros de difusión, tienen más fácil seleccionar la vía de transporte y adaptar los centros

de difusión a la misma. En cambio, un operador de transporte no puede prestar servicios de difusión, salvo que tenga su propia red de difusión (en propiedad o mediante acceso a redes de difusión de terceros)."

La posición de la recurrente en el mercado se describe en los siguientes términos:

"La posición competitiva de ABERTIS en el transporte de distribución de señales de TDT deriva fundamentalmente de su posición como operador de difusión de señales de TDT en España, donde cuenta con una red nacional de emplazamientos y centros de emisión irreplicable. Esta cuestión fue ampliamente analizada por este Consejo en la Resolución de 19 de mayo de 2009, (Expte 646/08 Axió/Abertis).

ABERTIS ofrece en casi todos los casos ambos servicios de transporte distribución y difusión conjuntamente. En el caso de los operadores de televisión de ámbito nacional, ABERTIS les proporciona conjuntamente ambos servicios. No obstante, existen casos en los que los servicios de transporte distribución y difusión no se contratan conjuntamente y están encomendados a operadores diferentes. Un ejemplo de ello sería el caso de Aragón Telecom, que presta los servicios de difusión del múltiple autonómico de Aragón Televisión, pero contrata con ABERTIS los servicios de transporte distribución.

ASTRA pretende prestar servicios de transporte de distribución de la señal TDT. Las conductas investigadas en el presente expediente tienen especial incidencia en el ámbito del transporte de distribución de señales de televisión, en la medida en que la solicitud de acceso de ASTRA a la red de centros emisores de ABERTIS, que ha dado lugar a la denuncia, se produce con la intención de prestar únicamente el servicio de transporte de distribución de la señal TDT.

En el caso de que el operador de transporte sea diferente del operador que presta el servicio de difusión, y a fin de asegurar la entrega de la señal para su posterior difusión, se hace imprescindible que el operador que presta los servicios de transporte acceda a los centros del operador encargado de la gestión de los servicios de difusión. Estos servicios mayoristas de acceso a los emplazamientos y centros de emisión que se utilizan para la difusión de las señales de TDT en España, son esenciales para poder prestar servicios de transporte de distribución de las señales de TDT.

Conviene tener en cuenta que muchos de los emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT que controla ABERTIS son irreplicables por su situación geográfica y los costes hundidos que conllevan. Asimismo, para que un operador de transporte de distribución de señales de TDT pueda prestar sus servicios, debe tener la capacidad de entregar la señal transportada en todos y cada uno de los centros de emisión que se utilicen para la difusión de la señal de TDT. De aquí que el servicio de mayorista de acceso a emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS para la difusión de señales de TDT tenga un carácter esencial para la prestación del servicio de transporte distribución."

Respecto a la conducta imputada, podemos leer en los fundamentos jurídicos de la Resolución impugnada:

"El presente expediente tiene por objeto valorar si la aplicación por ABERTIS de unos determinados precios mayoristas para la ubicación de equipos en sus emplazamientos y centros emisores para la difusión de señales de TDT y la fijación de determinados niveles de precios minoristas en sus contratos con operadores de televisión nacionales y determinados operadores de televisión autonómicos por los servicios de transporte distribución de señales de TDT que presta ABERTIS, pueden dar lugar a un abuso de posición de dominio.

En particular, se valora si las anteriores políticas de precios mayoristas y minoristas dan lugar a un estrechamiento de márgenes de sus competidores reales o potenciales con igual grado de eficiencia, que limitan injustificadamente su capacidad competitiva en el mercado de transporte distribución de señales de TDT de ámbito nacional y de ámbito autonómico...

En este caso, para realizar el análisis es necesario determinar tres magnitudes. En primer lugar, los costes de prestación de servicios minoristas de transporte de distribución de señales de TDT con exclusión de los costes asociados a la actividad mayorista, tomando como referencia los costes de la propia ABERTIS. En segundo lugar, los precios de los servicios mayoristas ofrecidos por ABERTIS para la prestación del servicio de acceso a sus emplazamientos y centros de emisión. Por último, los ingresos de la actividad minorista de transporte de distribución de señales de TDT desarrollada por la propia ABERTIS. Las estimaciones de estas tres variables se recogen en los HP (8, 9, 10 y 11). La DI ha calculado estas variables a partir de los datos aportados por la propia ABERTIS.

Si la diferencia entre los precios mayoristas y los ingresos minoristas es insuficiente para cubrir los costes minoristas de la prestación del servicio, implica que la actividad de servicios de transporte de distribución de señales de TDT no puede desarrollarse de forma rentable por un competidor con igual grado de eficiencia que ABERTIS, por lo que existiría una práctica de estrechamiento de márgenes, que potencialmente puede resultar abusiva si se constata su carácter exclusionario, careciendo de justificación objetiva."

A continuación, y tras exponer los criterios seguidos para el cálculo de costes, la determinación de precios de los servicios mayoristas y los ingresos de la actividad minoristas; la Resolución refleja en diversos cuadros y para escenarios diversos, los márgenes. De análisis resulta:

"De estos análisis la DI concluye: "Como puede observarse, en los tres escenarios de trabajo utilizados en el análisis de los servicios de transporte distribución prestados a televisiones nacionales (oferta realizada a ASTRA en abril de 2009, ORAC 2010 y ORAC 2011), con las correcciones introducidas, ABERTIS sigue incurriendo en la práctica de estrechamiento de márgenes entre los precios mayorista de acceso a sus emplazamientos y el precio minorista aplicado en los contratos de prestación del servicio de transporte y difusión de señales de TDT con las televisiones nacionales, acreditada en el PCH"...

De este análisis la DI concluye: "Como se refleja en los cuadros recogidos a continuación, para concursos analizados en Extremadura y Asturias, los cálculos de la Dirección de Investigación indican que ABERTIS ha incurrido en estrechamiento de márgenes al fijar sus precios mayoristas de coubicación y sus precios minoristas de prestación de servicios de transporte distribución de señales de TDT de ámbito autonómico en estas dos CCAA"...

En el caso de Aragón, los concursos convocados por Aragón Telecom para la prestación del servicio de distribución y difusión vía satélite de un múltiplex TDT de TV de Aragón incluye únicamente el up-link y capacidad satelital, no incluyéndose el equipamiento de recepción satélite en los centros. Por ello, al menos formalmente, las condiciones de acceso mayorista ofertadas por ABERTIS a sus centros de emisión no afectan a la participación en los concursos ni procede el análisis de una práctica de estrechamiento de márgenes.

No obstante, la DI sostiene que la propia redacción y exigencias de los pliegos de condiciones técnicas de estos concursos de Aragón Telecom impiden la adjudicación del contrato a un operador distinto de ABERTIS. Y ello es así "... dado que la red de centros de emisión que utiliza Aragón Telecom para difundir la señal del múltiple autonómico ya se encuentra equipada en gran parte por receptores y parábolas de ABERTIS orientadas a Hispasat o Eutelsat, la entrada de cualquier otro operador supondría un coste adicional que tendría que sufragar la propia Aragón Telecom".

Las conclusiones de la DI, tal como se recogen en la Resolución impugnada, son las siguientes:

"Del análisis realizado la DI concluye que ABERTIS ha incurrido en un estrechamiento de márgenes a la hora de fijar los precios mayoristas de coubicación para el transporte distribución en sus emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT, así como a la hora de determinar las condiciones comerciales de prestación de servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT de los múltiples nacionales y de los múltiples autonómicos de Asturias y Extremadura.

La DI subraya el hecho de que ABERTIS disponía de autonomía para fijar sus precios minoristas y mayoristas. Recuerda que la jurisprudencia comunitaria ha sostenido de forma constante que las normas de competencia pueden ser de aplicación en caso de que la legislación específica del sector no impida a las empresas reguladas desarrollar un comportamiento autónomo que impida, restrinja o falsee la competencia. En este sentido, el hecho de que la CMT haya supervisado los precios de coubicación de equipos de recepción satelital en los centros de emisión de ABERTIS no impide concluir la existencia de una conducta abusiva, sin que la DI encuentre justificación objetiva a la misma.

La DI recuerda que las prácticas de ABERTIS se han producido en el contexto temporal del apagón analógico y de la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de mayo de 2009 en el expediente sancionador 646/08, que potencialmente permitían la entrada de nuevos operadores en la prestación de servicios de transporte distribución de señales de TDT. De lo que la DI deduce que el riesgo de exclusión de competidores en la prestación de servicios de transporte distribución de señales de TDT en España ha sido real y efectivo.

Los efectos de esta conducta sobre la competencia según la DI son significativos, en la medida que ha excluido de facto toda competencia potencial en la prestación de servicios de transporte distribución de TDT nacional y de las TDT autonómicas de Asturias y Extremadura, lo que le ha permitido a ABERTIS conservar la cuota de 100% que disponía en la prestación de estos servicios minoristas. Añade la DI que esta conducta sí que tiene efectos sobre la competencia en el mercado de difusión de señales de TDT dado que, de facto, impide la oferta simultánea de los servicios de transporte y difusión de señales de TDT que, como reconoce ABERTIS, es la forma más habitual en la que los operadores de servicios de difusión captan sus clientes. Esta falta de competencia en la prestación de servicios minoristas de transporte distribución y de difusión de señales de TDT puede y ha podido causar perjuicios a las televisiones, que podrían contratar los servicios en mejores condiciones caso de existir una competencia con terceros oferentes viables no perjudicados por las conductas de ABERTIS. Hay que tener en cuenta que, a pesar de su duración nominal inicial, los contratos para la prestación de los servicios de transporte y difusión de la TDT han venido experimentando modificaciones y renegociaciones constantes

durante los últimos años, como consecuencia de la implantación de la TDT, la TDT de pago, la TDT de alta definición, etc.

La DI considera que no existen justificaciones objetivas que eximan a ABERTIS de su responsabilidad en esta conducta de este estrechamiento de márgenes, en la medida que contaba con libertad para fijar los precios minoristas de servicios de transporte distribución de señales de TDT, y podía reducir sus precios mayoristas por debajo de los niveles aprobados por la CMT.

Por todo ello, concluye que este estrechamiento de márgenes constituye un abuso de la posición de dominio de ABERTIS en los mercados de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS, para la difusión de señales de TDT en España y de servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT en España, conforme a lo previsto en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE .

En la medida que los precios mayoristas y minoristas que han dado lugar al estrechamiento de márgenes acreditado en la presente propuesta de resolución han sido directamente establecidos por ABERTIS, o indirectamente a través de sus filiales al 100%, ABERTIS sería responsable de esta conducta."

Vemos ahora la definición del mercado realizada por la CNC y la justificación de la posición de dominio que ostenta la recurrente:

"Las prácticas objeto de investigación en el presente expediente se desarrollan en el ámbito del transporte distribución de señales audiovisuales.

Desde el punto de vista de la demanda, el transporte distribución constituye un servicio diferente y no sustituible por el servicio de difusión. Ambos son necesarios para que la señal de televisión llegue a los telespectadores.

Por el lado de la oferta, el transporte de la señal se puede realizar por diversos medios: cable, radioenlace o satélite, si bien como la Comisión Europea ha señalado (Abertis/SEPI/CDTI/INTA/Hispasat) el satélite es un elemento imprescindible para la prestación del servicio de distribución de la señal de televisión digital terrestre, ya que con él se evitan las interferencias que se generarían con otras tecnologías las cuales, además, no resultan viables en determinados emplazamientos. De esta forma, un operador que pretenda prestar el servicio de transporte distribución tendrá que contar, entre otros medios, con capacidad satelital (bien propia o arrendada) así como con equipos de recepción de señales en los centros desde los que se difunde la señal a los usuarios finales, ya sean propios o contratando el acceso a terceros. No cabe por todo ello considerar que existe una sustituibilidad por el lado de la oferta lo suficientemente inmediata y efectiva como para considerar que difusión y transporte distribución constituyen un mismo mercado.

Esta falta de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda y de la oferta ha llevado a las autoridades a distinguir un mercado relevante definido para los servicios de transporte distribución de señales audiovisuales (Expediente C/110/08 Abertis/Axión de la CNC y Resolución del Mercado 18 de la CMT).

Sin perjuicio de ello, como se ha expuesto (HP 2) el servicio de transporte de distribución es un servicio complementario a la difusión de la señal de televisión. Su prestación requiere de la instalación de equipos de recepción de señales en los centros desde los que se difunde la señal a los usuarios finales. Como dice la propia ABERTIS "el servicio de transporte distribución es un servicio complementario al de difusión, dado que si en un centro no se presta el servicio de difusión no tiene sentido alguno el de transporte de distribución".

Esta complementariedad técnica facilita que los operadores de difusión con red ya desplegada suelen prestar también el servicio de transporte. Al controlar los centros de difusión, tienen más fácil seleccionar la vía de transporte y adaptar los centros de difusión a la misma. Este es el caso de ABERTIS, que cuenta con la mayor red de difusión y que ofrece el servicio de transporte hasta la misma sobre la base de la capacidad satelital de la que también dispone. Ello lleva a que, aunque se traten de servicios diferentes, los clientes puedan optar por contratar el transporte de distribución y la difusión conjuntamente cuando, como sucede con ABERTIS, hay un operador en condiciones de prestar ambos servicios.

Esta mayor facilidad, al menos teórica, para penetrar al mercado del transporte distribución ha llevado a que, a diferencia de lo que sucede con el mercado de la difusión, la CMT no haya considerado el mercado de transporte distribución como un mercado regulado (HP 3.2).

Sin embargo, como ya se ha expuesto, la CMT sí ha regulado el acceso a la red emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS que se utilizan para la difusión de las señales de TDT en España por considerarlo esencial para la prestación del servicio portador de la señal de televisión. Los operadores que quieran prestar el servicio de transporte distribución necesitan el acceso a esos centros de la red de difusión para asegurar la recepción de la señal que transportan.

A la vista de lo anterior, de acuerdo con los razonamientos de la DI, los mercados de producto relevantes a los efectos del presente expediente serían los siguientes:

- Mercado de los servicios minoristas de transporte de distribución de señales de TDT.
- Mercado de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS para la difusión de señales de TDT.

El mercado de los servicios minoristas de difusión de señales de TDT es un mercado estrechamente relacionado con los dos anteriores, en el que ABERTIS goza también de posición de dominio (RCNC de 19 de mayo de 2009, Expte 646/08 AXIÓN/ABERTIS y Resolución de la CMT de 21 de mayo sobre el mercado 18).

Respecto al ámbito geográfico de estos mercados, a pesar de que la huella de los satélites es supranacional hay razones que llevan a considerar que la dimensión del mercado de los servicios minoristas de transporte de distribución de señales de TDT no es superior a la nacional. Como indica la DI, primero, conforme se produce un alejamiento del foco de la señal satelital, se incrementa el tamaño de las antenas parabólicas a instalar y, por consiguiente, el coste de la recepción de las señales satelitales. Segundo, que los principales demandantes de servicios de transporte suelen requerir servicios de transporte redundantes. Estos servicios, basados en tecnologías como la fibra o radioenlaces, presentan una cobertura nacional. Tercero, tal y como expone la DI "...para que un operador pueda prestar el servicio de transporte de distribución de señales de TDT, debe tener acceso a los centros de emisión desde los que se difunden dichas señales, a fin de poder instalar sus equipos de recepción. Esto condiciona la cobertura geográfica que en la práctica pueden tener los operadores de transporte de distribución, y vincula el ámbito geográfico relevante del mercado de transporte distribución al del mercado de difusión". A este respecto, tanto la CMT (Resolución del mercado 18) como la CNC (C/110/08 Abertis/Axión) han distinguido diferentes mercados geográficos de difusión según el ámbito de cobertura del demandante, siendo cada demarcación nacional, autonómica y local un mercado diferenciado. Como razona la DI:

"(34) A la vista de lo anterior, se podría justificar la diferenciación de distintos mercados de transporte distribución de señales de TDT según el ámbito de cobertura del operador de televisión al que se presta servicio.

(35) En todo caso, no es necesario pronunciarse sobre esta cuestión, pues las conclusiones del análisis serían las mismas que si se considerase que existe un único mercado nacional de transporte distribución de señales de TDT".

En lo que respecta al mercado de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión de ABERTIS para la difusión de señales de TDT, el Consejo coincide con la DI en considerar que su ámbito es nacional a la vista de que este es el alcance que presenta la red de ABERTIS, oferente del servicio, y de que las políticas comerciales mayoristas para prestar este tipo de servicios son iguales en todo el territorio nacional.

La posición de dominio se define como una posición de poder económico en un mercado que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores.

La DI concluye que ABERTIS goza de posición de dominio en los mercados analizados por las siguientes razones que el Consejo comparte.

En primer lugar, por el carácter irreplicable de su red de emplazamientos y centros de difusión nacional, no sólo por el número de emplazamientos (para efectuar una cobertura del 80% de la población se requería de 150 centros emisores; para alcanzar una cobertura del 96% se requieren 1.010 centros, de los cuales 874 son emisores; para una cobertura del 98% se requieren alrededor de 1.424 centros, 1.141 de ellos emisores), sino por la localización y emplazamiento de algunos de ellos. Dice la DI:

"(366) ...ABERTIS dispone de una red nacional de emplazamientos, centros emisores y centros reemisores de señales de TDT en todo el territorio nacional, a la que están orientadas las antenas de los hogares en España.

(367) Además, el número de localizaciones de estos emplazamientos es muy elevado, y existen serias dificultades de ubicar centros de difusión alternativos en determinadas cotas y puntos específicos, que permiten obtener una cobertura territorial importante y hacia los que está orientado el parque de antenas de los hogares, pues el despliegue de emplazamientos alternativos puede colisionar con limitaciones del derecho de ocupación del dominio público y/o privado impuestas por la normativa reguladora de dichos dominios ya sea por razones medioambientales, de seguridad, ordenación del territorio, etc.

(368) Esto significa que en la práctica existe un determinado número de centros emisores en la red de ABERTIS que son imposibles de replicar por parte de operadores alternativos, lo que supone una barrera a la entrada muy relevante.

(...)

(370) Asimismo, la red de difusión de señales de TDT de ámbito nacional de ABERTIS también se proyecta sobre las actividades de difusión de señales de TDT de ámbito autonómico, que o son prestadas por la propia ABERTIS o son proporcionadas por operadores autonómicos (normalmente públicos) que solicitan la coubicación en un número importante de centros de emisión de ABERTIS, como de hecho sucede en Asturias y Aragón".

La titularidad y gestión de estas infraestructuras le confiere una posición de dominio en el mercado de la difusión de la señal de televisión, donde ofrece servicios a la totalidad de clientes.

Asimismo, también ello le confiere una posición de dominio en los servicios de acceso a su red de emplazamientos y centros de emisión de señales de TDT, puesto que el 100% de la oferta está bajo su control. En este mercado, como ya se ha relatado (HP 3.2), la CMT ha impuesto obligaciones de acceso a ABERTIS.

La DI también concluye la existencia de posición de dominio en el mercado del servicio de transporte distribución. ABERTIS con la titularidad y gestión de una red que, como se ha razonado, es difícilmente replicable, siendo estos servicios esenciales para la prestación de servicios de transporte distribución de señales de TDT, como ya se ha expuesto en el HP 2 y en el FD Quinto.

Además, como señala la DI: "(373) A su vez, ABERTIS dispone de la condición de accionista de control de Hispasat, y es uno de los principales accionistas de Eutelsat. A lo anterior hay que añadir que ABERTIS cuenta con una importante red de radioenlaces en todo el ámbito nacional (que utiliza como red de respaldo a la hora de prestar sus servicios de transporte distribución), y que todos los centros de difusión de ABERTIS ya cuentan con parabólicas orientadas al satélite de Hispasat en posición 30° Oeste, y muchos de ellos también tienen parabólicas dirigidas al satélite de Eutelsat en 9° Este".

Las obligaciones de acceso a la red de ABERTIS buscan facilitar la entrada de terceros operadores competidores en los servicios de transporte distribución, como complementario al servicio de difusión. No obstante, a la posición que ostenta ABERTIS se une la existencia de fuertes barreras de entrada para estos terceros entrantes. Así, aunque exista capacidad satelital disponible, pueden existir importantes costes de cambio que dificulten la implantación de un nuevo operador. Como indica la DI "(...) un operador alternativo que pretenda prestar servicios de transporte distribución con un satélite distinto de Hispasat o Eutelsat, se vería obligado a desplegar antenas parabólicas en todos los emplazamientos que se utilizan para la difusión de señales de TDT de operadores de ámbito nacional y autonómico, muchos de los cuales están controlados por ABERTIS". La CMT también ha señalado la importancia de los costes de cambio en estos mercados como barrera a la entrada, así como la propia duración de los contratos en los análisis de mercado.

Además, si los nuevos operadores buscan hacer una entrada gradual en el mercado se enfrentarán a importantes barreras en forma de economías de escala, pues deberán repartir entre un escaso número de centros emisores los importantes costes del satélite, costes que ABERTIS en cambio distribuye entre todos sus centros emisores.

Todo ello limita la posibilidad de entrada de terceros operadores y, consecuentemente, las alternativas viables al alcance de los clientes.

A su vez, ello impide considerar que la demanda goce de un poder compensatorio que prevenga la posición de dominio de ABERTIS en el mercado del transporte distribución. Es cierto que la demanda se encuentra relativamente concentrada (RTVE y otros seis concesionarios privados en el ámbito nacional). Pero como expone la DI, "...esta CNC ha reiterado en varios expedientes anteriormente citados que dicha concentración de la demanda no implica un elevado poder compensatorio de la misma, en la medida en que la demanda está limitada por las condiciones de las propias licencias de los múltiples digitales, lo que da lugar a que los demandantes no puedan limitar la cantidad consumida ni que, por tanto, el mercado pueda crecer por encima de los límites impuestos por dichas licencias. Adicionalmente, los licenciarios no pueden permitirse en ningún momento un corte en el servicio o un deterioro en su calidad, ya que ello puede implicar la pérdida del título habilitante así como la pérdida de cuantiosos ingresos publicitarios".

De hecho, ABERTIS cuenta con el 100% de los clientes en la prestación de servicios de transporte distribución y difusión de señales de TDT de ámbito nacional en España."

Respecto al estrechamiento de márgenes, se afirma en la Resolución impugnada:

"Como ya se ha puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho Primero, el presente expediente tiene por objeto determinar si ABERTIS ha incurrido en una conducta de estrechamiento de márgenes a la hora de fijar las condiciones comerciales de sus servicios mayoristas de coubicación para el transporte distribución en sus emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT, así como de los servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT de los múltiples nacionales y de los múltiples autonómicos y si dicha conducta debe ser calificada como una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, que prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado considerado..."

Siguiendo al TJUE en su Sentencia de 17 de febrero de 2011 en el asunto Telia Sonera, la compresión de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del servicio minorista, de tal forma que a un competidor tan eficiente como el operador incumbente no le resulta rentable competir en dicho mercado minorista ofreciendo el servicio a los clientes finales.

El test de estrechamiento exige, por tanto, comparar ingresos con costes minoristas y mayoristas. Con este fin, la DI ha estimado el coste mayorista de coubicación para el transporte distribución en sus emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT, el coste minorista de la prestación de los servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT de los múltiples nacionales y de los múltiples autonómicos (excluidos los costes ya cubiertos por los servicios mayoristas), así como los ingresos derivados de la prestación de estos servicios. Tales estimaciones se recogen en los HP 8, 9, 10 y 11."

Respecto al análisis de costes e ingresos, la Resolución impugnada afirma:

"Sobre el estándar de costes LRAIC

Existe consenso doctrinal respecto a que para determinar los costes del operador con igual grado de eficiencia se debe tener en cuenta el estándar de costes incrementales a largo plazo (Long Run Average Incremental Costs). Estos costes incluyen tanto los costes fijos como los variables en los que se debe incurrir para el adecuado desarrollo de la actividad. En el caso de empresas multiproducto, donde existen costes comunes a diversas actividades, es necesario también discernir qué parte de estos costes comunes son incrementales con la actividad, esto es, se incrementan con la provisión del servicio objeto de análisis. Así se expresa en la nota a pie 18 de las orientaciones.

"Si las empresas multiproducto tienen economías de alcance, el LRAIC será inferior al ATC [Average Total Cost] para cada producto individual, pues los verdaderos costes comunes no se tienen en cuenta en el LRAIC".

ABERTIS reconoce que el planteamiento realizado en el PCH responde a este enfoque doctrinal. Pero, en su opinión, una vez más la DI no habría realizado una recta aplicación del mismo. Y ello por tres motivos. Primero, porque ABERTIS dispone de una contabilidad de costes completamente distribuidos, por lo que al usar esta fuente se sobrestimarían los costes. Segundo, porque la DI ha corregido algunas de las estimaciones de ABERTIS. Tercero, por la forma en que valora las inversiones, basándose en el coste de la amortización a precios corrientes.

La DI ya ha dado respuesta a estas alegaciones y el Consejo comparte su criterio. El SCC 2009 de ABERTIS es un sistema que contempla la totalidad de los ingresos y los costes de la empresa, para proceder posteriormente a su atribución a los servicios regulados mediante los criterios establecidos por la CMT en sus resoluciones. El SCC permite, a efectos del presente expediente, primero, disponer de información sobre los costes totales de ABERTIS desglosados por partidas o conceptos. Segundo, conocer los criterios de imputación utilizados por ABERTIS para atribuir las diferentes partidas de costes a los diferentes servicios prestados por esta empresa. Tercero, conocer aquellos costes que ABERTIS ha atribuido a los servicios regulados de coubicación, al objeto de no tomarlos en consideración a la hora de estimar los costes de prestación de los servicios minoristas analizados.

A partir de los elementos de costes operativos totales identificados en el SCC (93 categorías de costes operativos diferentes), se excluyen los elementos cuyos costes han sido atribuidos de manera completa o de manera mayoritaria a los servicios regulados y aquellos elementos de coste que pueden ser considerados como costes verdaderamente comunes, esto es, que no se incrementan como consecuencia de la provisión del servicio de transporte distribución. Esto, de acuerdo con la DI, supone en total 39 de las categorías, esto es, un 42% del total.

Luego, no puede aceptarse que la DI esté aplicando un criterio de costes totalmente distribuidos y su estimación esté viciada de partida. Aplica un estándar LRAIC. Cuestión aparte es que determinados costes comunes que la DI considera como parte de los costes incrementales ABERTIS los considere costes verdaderamente comunes, como ocurre en el caso de algunas partidas. Esta es una cuestión que se revisa más adelante, al igual que las discrepancias sobre los criterios de imputación utilizados por ABERTIS para atribuir costes, en los correspondientes apartados referidos al análisis de las estimaciones. Pero las diferencias al calificar una partida de costes concreta o establecer su imputación no implican que metodológicamente la DI haya tomado un estándar de costes incorrecto.

De hecho, resulta inconsistente que ABERTIS defienda la validez de las estimaciones de costes del SCC para la fijación de los precios del servicio mayorista de coubicación en la ORAC y critique su uso para el cálculo de los costes del servicio de transporte distribución en este expediente.

En cuanto al criterio de amortización, el Consejo tampoco puede acoger la alegación de ABERTIS. Como se expone detalladamente en el HP 9.1, el CAPEX se configura a partir de la suma del coste de capital y de la amortización de la inversión acumulada de cada uno de los correspondientes periodos.

La DI computa el coste de la amortización a precios corrientes. Esto, según ABERTIS, sobrestima los costes porque muchos equipos se encuentran completamente amortizados y porque si un operador entrara hoy en el mercado focalizaría sus inversiones en aquellas tecnologías que le proporcionen un coste unitario lo más eficiente posible. Por ello, ABERTIS considera que el coste de la amortización se debería computar a precios históricos.

La DI critica este razonamiento por un razón de verosimilitud y eficacia del test: no es realista esperar que un operador igual de eficiente que pretenda entrar en el mercado relevante pueda hacerlo adquiriendo los activos a precios históricos.

Por otro lado, debe resaltarse el párrafo 45 antes citado de la Sentencia del TJUE en el asunto Telia Sonera, que precisamente considera que los costes de los competidores pueden ser relevantes, entre otras situaciones, cuando la prestación suministrada a los competidores se base en la explotación de una infraestructura cuyo coste de producción ya se ha amortizado, de modo que el acceso a tal infraestructura ya no representa para la empresa dominante un coste que sea económicamente comparable al coste que sus competidores deben soportar para acceder a ella. La DI ha optado por no apartarse de la estructura de costes de ABERTIS pero teniendo en cuenta el coste al que es realista que un operador entrante se enfrente. En ello entendemos que no se separa de la doctrina citada.

En todo caso, ABERTIS no ha concretado cuál sería esa tecnología alternativa más eficiente que emplearía el operador entrante.

Criterio de temporalidad

ABERTIS considera que el periodo de cinco años no es consistente con la jurisprudencia, ya que el exigir una rentabilidad positiva en un horizonte temporal de 5 años es insuficiente si se tiene en cuenta la vida útil de los activos. De hecho, por eso la duración de los contratos en este mercado es mayor y debería tenerse en cuenta. Cita en este sentido el caso BSKyB (UK). Además considera que se utilizan criterios inconsistentes para determinar los plazos de análisis de los contratos nacionales y autonómicos

También ABERTIS critica el método de comparación de ingresos y costes período a período utilizado por la DI por no ser adecuado para realizar un análisis de estrechamiento de márgenes. Se trata de un sector en el cual hay una vocación de permanencia dado el elevado importe de las inversiones, por lo que su recuperación debe contemplarse a lo largo de un horizonte temporal y no año a año.

Como ya se ha dicho, el CAPEX se configura a partir de la suma del coste de capital y de la amortización de la inversión acumulada de cada uno de los correspondientes periodos. Para el cálculo de los gastos de amortización se tiene en cuenta el periodo de vida útil de los activos que, como se describe en el punto 9.1 de Hechos Probados, suele cifrarse en diez años. Luego el CAPEX que se imputa en cada periodo tiene en cuenta un periodo de vida de útil del activo mayor de los cinco años y en línea con la duración de los contratos que no exige la recuperación de las inversiones en cinco años, como pretende interpretar ABERTIS.

A este respecto, debe resaltarse que la aparente inconsistencia con la duración de los escenarios autonómicos se debe a que esos contratos, adjudicados por las CCAA mediante concurso, tienen una duración menor a los cinco años. Ello evidencia que cuando el servicio se ha licitado en condiciones de -al menos, supuesta- concurrencia, las duraciones establecidas para la prestación el servicio han sido todavía inferiores a los cinco años.

En todo caso, los precedentes comunitarios no señalan un único criterio para establecer el escenario temporal del análisis ni lo ciñen a la duración de los contratos. Más bien conceden un amplio margen a las autoridades de competencia para su determinación en función del mercado analizado.

Por último, a la vista del método de cálculo utilizado por la DI para estimar los costes e ingresos y en la medida en que los escenarios revelan que existe estrechamiento de márgenes en cada uno de los años considerados, la utilización del método propuesto por ABERTIS de flujos de caja descontados no modificaría las conclusiones del análisis.

Una vez analizadas las cuestiones de índole metodológica, procede examinar las críticas de ABERTIS a la estimación e imputación de costes e ingresos y a los escenarios planteados por la DI.

a. Sobre las estimaciones de ingreso

Las alegaciones de ABERTIS se centran en la imputación de ingresos del MUX de la RGE1 (contrato con RTVE de 31 de julio de 2008). En particular, en el método que la DI ha seguido para la imputación, en la aplicación de determinados conceptos y descuentos y en los ingresos derivados de otros servicios.

El contrato con RTVE no se individualiza el importe de los ingresos anuales que correspondería al transporte de distribución de la señal de TDT de ámbito nacional. La DI solicitó a ABERTIS una cuantificación de los ingresos

imputables al servicio de transporte correspondiente a su contrato con RTVE y una clarificación de los diferentes conceptos relacionados con el servicio de transporte de distribución recogidos en el anexo de precios de su contrato con RTVE.

En su escrito de 9 de febrero de 2011 ABERTIS pone de manifiesto diferentes consideraciones en las que señala las dificultades e incertidumbres que limitaban su capacidad para efectuar una estimación cuantitativa concreta de los ingresos correspondientes a este servicio, limitándose a dar un porcentaje al que no acompañó justificación alguna. Ante esta situación, la DI procedió a realizar su mejor estimación a partir de la información disponible.

Para ello, como se explica de manera pormenorizada en el HP 11.3, la DI ha seguido un procedimiento de comparación de ese contrato de ABERTIS con RTVE de julio de 2008 con otros. En particular, con el contrato suscrito entre ABERTIS y Telecinco de fecha 24 de enero de 2008 (folios 1.383 y ss.), en el que sí figura un desglose de los diferentes servicios incluidos dentro del contrato. El método que sigue la DI es el de estimar a la vista del contrato con Tele 5 el precio imputable al servicio de difusión, estimar el ingreso del resto de servicios incluidos dentro del precio global y a partir de ahí, obtener el precio imputable al servicio de transporte de distribución de señales de TDT de la red RGE1 como diferencia entre el precio total y el precio estimado del resto de servicios.

Como se refleja en su análisis, la DI es muy consciente de las diferencias entre los servicios que se prestan y, consecuentemente, entre ambos contratos. Precisamente por ello, siguiendo una postura conservadora, en la comparación a la hora de extrapolar los precios del contrato de Tele 5 al RGE adopta supuestos que, al entender de Consejo, sesgan al alza en beneficio de ABERTIS los ingresos de transporte de distribución derivados de este contrato, el de mayor cuantía de los considerados en el análisis.

Al estimar el precio imputable al servicio de difusión ha asumido que para las coberturas del 90% y el 93% el precio del contrato de la red RGE es igual al precio previsto en el contrato de la red SFN. Esta hipótesis sesga a la baja el ingreso de la difusión (y, por tanto, al alza el del transporte) dado que si la red RGE presenta mayor complejidad y un número de centros más elevado que la red SFN para coberturas equivalentes, lo razonable es que el ingreso por difusión fuera mayor.

Para el hito de cobertura del 98% a alcanzar en abril de 2010, no se dispone de la referencia de precio del servicio de difusión en el contrato de la red SFN. Por ello se ha estimado el precio del servicio de difusión para el 98% incrementando de manera proporcional al aumento del precio global del contrato el precio estimado para la cobertura inmediatamente anterior del 93%.

El resto de servicios incluidos dentro del precio global "Despliegue TDT MUX RGE" y no relacionados según la DI con el servicio de transporte (codificación, transporte al centro de multiplexado, y multiplexado de señales) han sido valorados al precio que figura desglosado en el contrato de Telecinco de enero de 2008. Siguiendo un criterio conservador, se ha asumido que el precio de todos estos servicios es constante y no se incrementa con la cobertura.

ABERTIS pretende que con carácter adicional, se sumen ingresos por determinados conceptos que figuran en el anexo al contrato. Considera que si se está teniendo en cuenta el coste que supuso el despliegue de la red para el paso a la TDT se tiene que tener en cuenta el ingreso adicional que se obtuvo por ello.

En la Propuesta de Resolución, en respuesta a las alegaciones de ABERTIS, la DI plantea que los citados conceptos de Monitorado y despliegue del Plan de Transición se encuentran relacionados muy directamente con el servicio de difusión. El más significativo de ellos es el ingreso por Plan de Transición, por adelantado en la puesta en servicio de ciertos emplazamientos. La propia ABERTIS atribuye una escasa incidencia del servicio de transporte distribución sobre el precio para los incrementos de cobertura. Por ello no se había afinado sobre lo que este incremento suponía en los costes e ingresos del negocio.

Si se atribuyen estos ingresos al servicio de transporte distribución, por coherencia ello requeriría realizar una imputación de dicho precio al servicio de transporte distribución y al servicio de difusión, según la DI. La imputación de estos dos conceptos a la fase de cobertura del 98% haría necesario realizar una estimación más precisa del precio correspondiente al concepto Despliegue TDT MUX RGE atribuible al servicio de transporte distribución para la cobertura del 98%, refinando el criterio de mera atribución de incremento proporcional respecto del precio estimado para la cobertura del 93% recogida en las estimaciones realizadas inicialmente en el PCH. Para ello, procedería a su juicio analizar en mayor detalle el impacto del incremento de la cobertura desde el 93% al 98% sobre el servicio de transporte distribución.

La DI realiza con detalle este ejercicio que resume en la Propuesta de Resolución y obtiene unos escenarios alternativos que han sido debidamente incluidos en el expediente (folios 4.566 a 4.573). Concluye que si se acepta la inclusión en la estimación de ingresos de estos conceptos y, de manera consistente, se afinan

los criterios de imputación de los ingresos correspondientes al transporte distribución del múltiple RGE1, efectivamente se produce un incremento de los ingresos anuales atribuibles al transporte distribución del múltiple RGE1 para las coberturas 90% y 93% (de aproximadamente [...] de euros en cada caso), pero a la vez produce una reducción de cerca de [...] de euros en los ingresos anuales atribuibles al transporte distribución en la cobertura del 98%. Dado que este resultado resulta perjudicial para ABERTIS, la DI decide no tomarlo en consideración a efectos de la Propuesta de Resolución

En todo caso, no deja de sorprender que ABERTIS sea capaz de detectar que conceptos debieran incluirse en las estimaciones de ingreso y cuestione las que la DI realiza por inconsistentes y por su escaso refinamiento cuando solo ha sido capaz de dar un porcentaje global del peso del transporte distribución dentro de los ingresos totales anuales del contrato, que no justifica en modo alguno.

Respecto a los ingresos derivados de otros servicios contratados posteriormente por RTVE (regionalización del canal de 24 horas de Cataluña y de distribución de señales a Canarias), el Consejo no puede aceptar la pretensión de ABERTIS de tener en cuenta estos ingresos (por otra parte de importe reducido), sin incluir los costes a ellos aparejados. Además, ABERTIS se ha limitado a adjuntar las respectivas aceptaciones de RTVE sin aportar una descripción de estos servicios ni detallado su contenido de manera que pueda valorarse si deben tenerse en cuenta y cómo.

En lo referente a la no aplicación del descuento por la eliminación del transporte terrestre para la cobertura del 90% al 93%, como explica ABERTIS en sus alegaciones, el mismo se debe a que, en contra de lo inicialmente previsto, RTVE acordó que no se desplegara transporte terrestre hasta los centros del 93%, manteniéndose éste únicamente hasta los centros del 90%. Ello llevó a que ABERTIS otorgara a RTVE el citado descuento.

Como expone la DI, la fase de cobertura del 90% se alcanzó el 31 de diciembre de 2008, y la cobertura del 93% estaba prevista para el 31 de julio de 2009. De acuerdo con ello, al comenzar la extensión de cobertura por encima del 90% a final de 2009, no equipó los nuevos centros con red terrestre de respaldo, como se observa en los datos sobre inversiones y equipamiento en la red RGE1 de ABERTIS recogido en el Anexo II de su escrito de 25 de enero de 2011. De ahí que el descuento pactado en el contrato de julio de 2008 desde el inicio de la fase de ampliación por encima del 90% sea de aplicación, en contra de lo que manifiesta ABERTIS.

ABERTIS afirma en sus alegaciones a la PR que su tesis "...se puede verificar en el Anexo III de la addenda al contrato firmada el 31 de julio de 2008 con TVE que contiene el resumen de precios aplicados y en el que se observa claramente que dicho descuento "Eliminación transporte terrestre 90-93%" se aplica únicamente para las fases del 93% y del 98%". El Consejo entiende que ABERTIS se refiere al documento que figura en los folios 1181-1182, remitido el 18 de octubre de 2010 en respuesta a un requerimiento de información de la DI. Dicho documento efectivamente contiene un resumen de los precios aplicados, pero no contiene el detalle de información que ABERTIS indica.

Respecto a que se deba aplicar el descuento general del 2,5% por duración contractual tras aplicación del resto de descuentos, ni el contrato de 31 de julio de 2008 entre RTVE y ABERTIS así lo especifica ni así lo establecen los contratos con otros operadores. El primer contrato sí señala que con las condiciones económicas que contiene, RTVE se equipara con el resto de concesionarios de TDT. En los contratos entre ABERTIS y el resto de concesionarios se señala con mayor precisión (folio 1389) que las reducciones de tarifas como por ejemplo las relativas a promoción de la TDT serán adicionales al descuento general del 2,5% por duración contractual.

ABERTIS sostiene en las alegaciones a la PR que su tesis se deduce de las facturas emitidas por Abertis a RTVE por la prestación del servicio de Televisión Digital, y que obran en poder de la CNC como parte de la documentación aportada dentro del expediente 646/08. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Informe propuesta de la DI en el expediente 646/08 se elevó al Consejo el 13 de mayo de 2008, cuando el contrato al que se está refiriendo ABERTIS es de julio de 2008, por lo que las facturas que obren en el expediente citado deben ser previas al contrato al que nos referimos.

En todo caso, como reconoce la propia ABERTIS, el efecto de esta posible modificación resulta poco relevante.

b. Sobre el cálculo del OPEX y del CAPEX

ABERTIS critica que la DI estime los OPEX a partir del SCC 2009 y asuma dichos importes para los diferentes periodos de análisis. A este respecto, los escenarios de análisis de la DI parten de abril 2009, por lo que la opción alternativa de tomar la SCC 2008 para periodos de análisis anteriores al 31 de diciembre de 2009 sería, al menos, cuestionable. Máxime si como ABERTIS sugiere, tanto la inversión como los OPEX hubieran registrado un máximo en 2009.

A este respecto, no obstante, el Consejo no aprecia tal repunte en la información aportada por ABERTIS en lo que al OPEX se refiere (folio 5037). Respecto al CAPEX, asumiendo que en 2009 las cifras de inversión en red

de transporte hayan sido más elevadas, el hecho de que se compute como suma de las amortizaciones más el coste de capital evita o, al menos, mitiga que al usar este concepto para atribuir el OPEX a cada uno de los servicios objeto de análisis se esté produciendo una sobrestimación. Además, no es este el único criterio de imputación que ha utilizado la DI para la atribución del OPEX a los servicios.

El hecho de que los costes operativos del ejercicio 2009 hayan sido también extrapolados sin correcciones para estimar los costes de los escenarios de ejercicios posteriores no puede considerarse que tienda a sobrestimar el OPEX de los servicios de transporte distribución que presta ABERTIS, especialmente si se tiene en cuenta que la red de ABERTIS es ahora más compleja que en 2009. En todo caso, las eficiencias operativas que llevarían a esa supuesta reducción de costes operativos no han sido justificadas, ni tampoco se ha observado que hayan repercutido en una bajada de los costes de cubicación.

ABERTIS también critica el hecho de que no se ha tenido en cuenta en las estimaciones de OPEX la existencia de un mayor número de servicios de transporte distribución que los que la DI considera. A este respecto, se debe recordar una vez más cómo ha realizado la DI la estimación de estos costes. Como se describe en los HP 8 y 9, la DI parte de los mismos datos que ABERTIS emplea en sus estimaciones: los costes recurrentes recogidos en la última contabilidad regulatoria entonces disponible (SCR 2009). Dicha información coincide con los importes totales recogidos por ABERTIS en sus estimaciones, si bien la DI utiliza un desglose mucho más detallado que el presentado por ABERTIS.

De este conjunto detallado de partidas, se identifican aquéllas que son imputables al servicio de transporte de distribución de señales de TDT conforme al estándar de costes LRAIC y se descartan aquéllas que están cubiertas por los servicios mayoristas, aquéllas que podrían ser consideradas verdaderos costes comunes y aquellas de las que no se tiene información suficiente sobre su alcance.

La SCR 2009 recoge asimismo determinados datos útiles (la proporción que representa el transporte en la inversión total acumulada, en los ingresos, en las incidencias...) para realizar la imputación de costes recurrentes al servicio de transporte en su conjunto.

La DI está usando aquellos datos que obran en la contabilidad de ABERTIS y que dimensionan los servicios de transporte de distribución que este operador presta. Si determinados servicios de transporte se prestan, como al parecer sucede, con activos que figuran en el balance de terceros, ello querrá decir que la DI no estará imputando OPEX por ellos a la actividad de transporte. No cabe entender por tanto que se produzca por esta vía un exceso de imputación de costes a los servicios analizados en los escenarios. Esta alegación general de ABERTIS respecto al cálculo del OPEX se reitera después respecto a varias partidas concretas, como el gasto en mercaderías, pero debe por las mismas razones, ser descartada.

Tampoco es relevante el hecho de que un equipo de transporte pueda servir para prestar más de un servicio. En aquellos casos en los que el criterio de imputación se ha basado en inversiones acumuladas, se ha determinado el peso de la inversión acumulada en los escenarios analizados respecto de la inversión total en servicios de transporte que figura en el SCC de ABERTIS y que incluye todos los servicios, que según ABERTIS, han sido ignorados por la DI.

No resulta asumible la crítica de que la DI sobrestime la inversión en determinados elementos de red al no tomar en consideración de manera modular la capacidad máxima de cada elemento. Esto puede tener relevancia a la hora de estimar las inversiones a efectos de la distribución de costes para los escenarios que incluyen nuevas redes. Lo que la DI ha hecho es precisamente tener en cuenta la modularidad de los elementos, y al incrementar la escala, sólo incrementar la inversión acumulada si se excede la capacidad de alguno de los elementos que se tenían en cuenta en el anterior escalón. Asimismo, por prudencia, se ha evitado el sobredimensionamiento de que dispone ABERTIS en su red. Se ha tomado la capacidad de los distintos elementos que utiliza ABERTIS como estándar, en la medida en que nunca ha justificado que sea viable o económicamente rentable utilizar elementos con menor capacidad.

No obstante, si como dice ABERTIS su capacidad de planificar los servicios le permite "ajustar las configuraciones y, por tanto las inversiones a los servicios efectivamente prestados maximizando la eficiencia de las mismas, no siendo necesario mantener una capacidad excedentaria relevante", entonces la diferencia entre ambos criterios de estimación no debería ser muy significativa.

Pasando ya al reparto de OPEX por capítulos, ABERTIS critica la imputación realizada en el caso de los gastos de OyM porque atribuye una parte de costes que debería excluirse y porque al imputar en base al porcentaje de incidencias (y no de horas de mantenimiento) considera que se sobrestima el gasto.

El Consejo considera que partiendo de la información contenida en la SCC 2009 y la ofrecida por ABERTIS en sus respuestas a los requerimientos de información, la estimación realizada por la DI es correcta.

El SCC de ABERTIS (SCR 2009 Hoja Inputs Apartado 17) recoge la estimación que la propia ABERTIS realiza en cuanto al porcentaje de incidencias totales atribuibles al servicio de transporte, diferenciando el transporte terrestre del satelital. Para el cálculo del coste de OyM, la DI ha tomado solamente aquella proporción de incidencias correspondiente a servicios de transporte y estimada por la propia ABERTIS. Una vez determinado el importe atribuible al transporte en su conjunto, se ha estimado la cantidad correspondiente a los diferentes escenarios mediante el criterio de inversión (parte proporcional de la inversión acumulada en cada escenario respecto de la inversión total de ABERTIS en todos sus servicios de transporte estimada en la SCC).

Este Consejo no acierta a comprender como, si ABERTIS dispone de mejores estimaciones del peso económico que supone el OyM del transporte terrestre en el total de gastos de OyM no las aportó previamente, cuando le fue recabada la información o con las alegaciones al PCH, cuando aportó sus propios escenarios y en cambio las aporta ahora con las alegaciones a la PR. Tampoco entiende este Consejo como tales parámetros no se tienen en cuenta a efectos del SCC y en cambio se opta por el porcentaje de incidencias. En todo caso, dado que la DI ha utilizado los datos que figuran en la SCC, el Consejo da las estimaciones por válidas.

Respecto a la imputación al servicio de transporte distribución terrestre de la cuenta de mercaderías, como en el caso anterior ABERTIS ofrece en sus alegaciones a la PR información de la que disponía y no había sido aportada anteriormente para justificar su criterio. Asumiendo incluso que efectivamente el capítulo de gasto en mercaderías haya que asimilarlo a compra de equipos para su posterior venta a terceros, como ya se ha manifestado antes, el Consejo no puede aceptar esta alegación. El hecho de que el activo figure en el balance del cliente y no conlleve para ABERTIS gasto de amortización es algo que ya se ha tenido en cuenta a la hora de asignar gastos al servicio de transporte en su conjunto, previniendo la sobrestimación.

Diversas alegaciones de ABERTIS van en el sentido de considerar que determinadas partidas de costes, por tener una naturaleza común, no se deben imputar al servicio de transporte. Esto sucede por ejemplo en lo referente a los costes de comercial y gestión de clientes. ABERTIS argumenta que seguiría teniendo que asumir estos costes aunque dejara de prestar el servicio en cuestión, de lo que deduce que se trata de costes verdaderamente comunes. Sin embargo, la cuestión no es si en ausencia de un servicio de transporte distribución otras actividades requieren de estos servicios. La cuestión es si el servicio de transporte distribución también requiere de estos servicios comunes y, por tanto, contribuye a que se generen e incrementen los mismos. Resulta razonable pensar que dicha actividad también contribuya a incrementar los costes comerciales y de gestión de clientes, como pueda hacerlo por ejemplo la difusión. Por ello, dado que el coste incremental a largo plazo del producto individual incluye el aumento de los costes comunes resultantes de la provisión del producto, el Consejo considera correcto que dichos costes deban también imputarse al producto en cuestión. Máxime cuando la propia ABERTIS predica la estrecha relación comercial que, por consideraciones técnicas, existe entre ambas actividades.

De hecho, en el caso de Reparto de costes de comercial y gestión de clientes la DI pone de manifiesto que "procede señalar que para su atribución al servicio de transporte, la Dirección de Investigación ha tomado directamente las estimaciones realizadas por ABERTIS, que fijaban su peso en el [...] de los costes totales, porcentaje que se ha tomado exactamente para los cálculos realizados por la Dirección de Investigación".

En otras ocasiones ABERTIS argumenta que el coste común no guarda relación con el servicio de transporte. Es el caso de los gastos financieros, los costes de desarrollo de negocio o el reparto de provisiones no consideradas. De nuevo, no se entiende por qué el negocio del transporte distribución no va a incurrir en ese tipo de costes y si lo harían en cambio otras actividades, como la difusión.

Añade ABERTIS que en los precios mayoristas de coubicación ya se incluyen estos costes de estructura, de manera que se estarían sobreimputando los costes comunes. Sin embargo, en los precios mayoristas de coubicación se incluye la parte de los costes comunes que sea atribuible a dichos servicios, no al resto. Por lo tanto, al introducir nuevos servicios a tener en cuenta, es razonable que se incremente la parte de los costes comunes tomada en consideración.

Respecto al reparto de otros gastos de red, ABERTIS defiende que el canon que se debe sufragar como consecuencia de ser operador de telecomunicaciones debe repartirse en base a un criterio de ingresos y no de inversiones. Sin embargo, ABERTIS no aporta mayor justificación al respecto, ni tampoco cómo de significativa puede ser la variación que este cambio de criterio produciría.

Sobre el reparto de costes de Dirección de Tecnología, el Consejo no observa que se produzca una atribución incorrecta entre servicios. La DI parte de la tabla del SCC que incluye la estimación de la propia ABERTIS sobre distribución de los costes de la DT: desglosa coubicación y difusión, por lo que resulta coherente que el resto sea transporte. Los servicios de radio (Difusión de FM+DAB) a los que se refiere ABERTIS en sus alegaciones están consignados de manera independiente al concepto de "Otros servicios". Una vez estimado el coste atribuible a los servicios de transporte distribución, la DI ha imputado a los servicios analizados en los escenarios de

pinzamiento de márgenes la parte estrictamente proporcional al peso de cada uno de estos servicios sobre la inversión total de ABERTIS. La estimación de ABERTIS basada en las ofertas comerciales presentadas por la Dirección de Tecnología no puede ser corroborada ni contrastada por este Consejo.

c. Sobre la aplicación de las tarifas mayoristas

El Consejo no considera que la DI haya errado al determinar las tarifas que emplea para el cálculo del coste del servicio mayorista en los diferentes escenarios.

En lo que se refiere al escenario PREORAC, como la DI señala no se puede considerar que el operador entrante puede construir su oferta minorista de prestación de servicio de transporte distribución a los operadores de televisión basada en unos precios de colocación todavía pendientes de ser aprobados y que, por tanto, desconoce en el momento de presentar su oferta. Por otro lado, dicho operador no puede partir de la base de que tales precios vayan a ser necesariamente más favorables para sus intereses y, en todo caso, no puede saber cuánto más bajos serán, ni cuándo se aprobarán.

Respecto al concurso de Extremadura, resulta lógico tomar aquel conjunto de precios que realmente ofrecía al competidor la información más completa para el cálculo de los costes de cara a presentar su oferta. Si la información que obtuvo ASTRA en noviembre de 2009 era insuficiente, obviamente no podía ser empleada.

A este respecto, pese a lo que manifiesta la DI, las causas de por qué ASTRA carecía de la información suficiente para realizar la oferta no son irrelevantes. Puede darse el caso de que el entrante haya tenido dificultades para obtener la información necesaria para formular su oferta en condiciones aceptables, ya sea por cómo se definan los pliegos del concurso o por la actuación del operador incumbente que debe facilitarla. Sobre estos aspectos se vuelve en Fundamentos de Derecho posteriores.

En vista de todo lo anterior, el Consejo considera que la DI ha acreditado que en los servicios de transporte distribución prestados a televisiones nacionales, en los diferentes escenarios planteados, (oferta realizada a ASTRA en abril de 2009, ORAC 2010 y ORAC 2011) ABERTIS ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes entre los precios mayorista de acceso a sus emplazamientos y el precio minorista aplicado en los contratos de prestación del servicio de transporte y difusión de señales de TDT con las televisiones nacionales. Asimismo, se ha acreditado la misma práctica en la prestación del servicio de transporte y difusión de señales de TDT para las televisiones autonómicas de Asturias y Extremadura."

TERCERO : La subsunción se realiza respecto al artículo 2 de la Ley 15/2007 . Tal precepto dispone:

"Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares..."

Antes de entrar en el examen de las alegaciones actoras, es necesario recordar las reflexiones que sobre el abuso de posición de dominio se contienen en la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de marzo de 2012 :

"20 De la jurisprudencia resulta que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que causan un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican al impedir una estructura de competencia efectiva (sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09 , Rec. p. I-0000, apartado 24 y jurisprudencia citada). En este sentido debe entenderse la expresión «práctica de exclusión abusiva» que figura en las cuestiones prejudiciales.

21 Es jurisprudencia reiterada que la declaración de la existencia de dicha posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1983 , Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 57 , y de 16 de marzo de 2000 , Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365, apartado 37). En efecto, el artículo 82 CE en modo alguno tiene por objeto impedir a una empresa alcanzar, por sus propios méritos, la posición dominante en un mercado (véase, en particular, la sentencia TeliaSonera Sverige, antes citada, apartado 24). Esa disposición tampoco pretende garantizar que competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante permanezcan en el mercado.

22 Por consiguiente, no todos los efectos de exclusión falsean necesariamente la competencia (véase, por analogía, la sentencia TeliaSonera Sverige, antes citada, apartado 43). Por definición, la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos

eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, especialmente en cuanto a precios, oferta, calidad o innovación.

23 Con arreglo a una jurisprudencia también reiterada, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (véase la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, apartado 105 y jurisprudencia citada). Cuando la existencia de una posición dominante tiene su origen en un antiguo monopolio legal, debe tenerse en cuenta esta circunstancia.

24 A este respecto, ha de recordarse también que el artículo 82 CE se refiere, en particular, a los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en perjuicio de los consumidores, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una competencia normal sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que existe en el mercado o el desarrollo de ésta (véanse, en este sentido, las sentencias AKZO/Comisión, antes citada, apartado 69; France Télécom/Comisión, antes citada, apartados 104 y 105, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, Rec. p. I-0000, apartados 174, 176 y 180 y jurisprudencia citada).

25 Así, el artículo 82 CE prohíbe, en particular, a una empresa en posición dominante llevar a cabo prácticas que provoquen la exclusión de sus competidores considerados tan eficaces como ella misma y reforzando su posición dominante mediante el recurso a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. Por lo tanto, en esas circunstancias, toda competencia de precios no puede considerarse legítima (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas AKZO/Comisión, apartados 70 y 72; France Télécom/Comisión, apartado 106, y Deutsche Telekom/Comisión, apartado 177).

26 Para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esa posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, es preciso valorar todas las circunstancias y examinar si dichas prácticas pretenden privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso de los competidores al mercado, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 175 y jurisprudencia citada)."

Sobre el concepto de abuso de posición dominante, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de febrero de 2011 :

"26 Por otro lado, la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 102 TFUE no es limitativa, de modo que la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Unión (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 173 y jurisprudencia citada).

27 En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada).

28 A fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, procede apreciar el conjunto de circunstancias, examinar si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia Deutsche Telekom, antes citada, apartado 175, y jurisprudencia citada).

29 Éstos son los principios a la luz de los cuales el órgano jurisdiccional remitente debe examinar la práctica tarifaria controvertida en el litigio principal para determinar si constituye una explotación abusiva de la posición dominante que posiblemente tiene TeliaSonera."

Analizados los aspectos generales del presente recurso examinaremos ahora las alegaciones del recurrente.

CUARTO : Se articula la demanda sobre los siguientes aspectos: a) nulidad de la Resolución al no haber sido remitido el informe de la CMT, artículos 62.1 a), 54 y 83 de la Ley 30/1992 y 17.2 d) de la Ley 15/2007 ; b) falta de competencia de la CNC, hoy CNMC, para la supervisión en materia de telecomunicaciones al venir

encomendada a la CMT, artículos 10 , 48.3 y 4 de la Ley 32/2003 , aplicable al supuesto de autos; c) falta de tipicidad y antijuridicidad; d) ausencia de culpabilidad, y e) proporcionalidad.

Veamos en primer término las irregularidades que la recurrente vincula al desarrollo del procedimiento.

El artículo 17.2 d) de la Ley 15/2007 , en la redacción aplicable al presente recurso, establece, en términos idénticos a la reforma operada por Ley 2/2011:

"d) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley ."

En la Resolución impugnada se trata la cuestión relativa a la solicitud de informe a la CMT en los folios 108 a 113, reflexiones que la Sala comparte. Efectivamente, se recoge en la propia Resolución, y es expresamente aceptado en la demanda, que el 9 de marzo de 2011 se solicitó el informe a la CMT, reiterándose posteriormente el 5 de mayo de 2011. La recurrente sostiene que en la petición de informe a la CMT no se suministraron todos los elementos necesarios para la emisión del citado informe, y ello provocó que el regulador solicitara información complementaria, siendo contestada la solicitud por la CNC recordando el carácter técnico del informe.

No existe norma jurídica alguna que determine que el informe ha de solicitarse a la CMT tras el Pliego de Concreción de Hechos, ni puede entenderse que existe un procedente administrativo porque en otras ocasiones se haya actuado de tal modo. Como correctamente se afirma por la CNC, el informe de la CMT tiende a contribuir al ejercicio de las facultades propias del órgano de defensa de la competencia, por tanto el ámbito al que debe circunscribirse el contenido del informe, es el requerido por el órgano de competencia a fin del efectivo ejercicio de sus competencias. En tal sentido, y como se afirma en la Resolución impugnada:

"Basta el examen del requerimiento en cuestión y la documentación que le acompaña (folios 3590 y siguientes del expediente) para comprobar cómo, en primer lugar, la DI ha especificado el contexto jurídico en el que se solicita el informe, por prácticas de abuso de posición de dominio contrarias a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE en relación con un posible estrechamiento de márgenes por parte de ABERTIS "de cara a la prestación de servicios de transporte de distribución de señales de televisión digital terrestre", para luego solicitar, a través de un detallado cuestionario que se envió acompañando la documentación remitida por ABERTIS, la opinión técnica del Regulador sectorial sobre una serie de cuestiones relativas a las estimaciones de costes y de ingresos sobre las que se basan los test para la detección de estrechamiento de márgenes aplicados por la DI de acuerdo con la doctrina imperante."

La CMT ha podido emitir su informe, y nada le ha impedido completar, como considere oportuno, la información que se le solicitó por la CNC. No podemos entender que la forma en la que se solicitó el informe perjudique la defensa de la recurrente, pues el informe efectivamente se solicitó, se describió el ámbito del mismo, y nada impidió a la CMT completar la información solicitada, sin olvidar que la recurrente puede solicitar en prueba informes de otros órganos administrativos.

No podemos entender que se haya omitido un trámite esencial del procedimiento, ni que se haya vulnerado derecho fundamental alguno de la actora, por ello no es de aplicación el artículo 62.1 a) y e) de la Ley 30/1992 .

Tampoco apreciamos vulneración de la buena fe o confianza legítima de la actora. Ya decíamos que el momento de solicitar el informe a la CMT, no constituye un precedente, y estará íntimamente relacionado con las concretas circunstancias del caso, los elementos aportados en el expediente y demás circunstancias específicas.

Se afirma que se han vulnerado los artículos 10 , 48.3 y 4 de la Ley 32/2003 , en cuanto no se ha respetado la competencia de la CMT.

Ciertamente el artículo 10 citado, otorga a la CMT determinadas competencias para supervisar y estimular la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones:

"2. Asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo, como mínimo cada dos años, un análisis de los citados mercados, teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Comisión Europea. Dicho análisis se realizará previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia."

3. El análisis a que se refiere el apartado anterior tendrá como finalidad determinar si los distintos mercados de referencia se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. En caso contrario, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones identificará y hará públicos el operador u operadores que poseen un poder significativo en cada mercado considerado."

Cuando un operador u operadores tengan, individual o conjuntamente, poder significativo en un mercado de referencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá declarar que lo tienen también en otro mercado de referencia estrechamente relacionado con el anterior cuando los vínculos entre ambos sean tales que resulte posible hacer que el poder que se tiene en un mercado produzca repercusiones en el otro, reforzando de esta manera el poder en el mercado del operador.

4. En aquellos mercados en que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer, mantener o modificar determinadas obligaciones específicas a los operadores que, de conformidad con el apartado anterior, hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados.

En la imposición de dichas obligaciones se otorgará preferencia a las medidas en materia de acceso, interconexión, selección y preselección frente a otras con mayor incidencia en la libre competencia.

Las obligaciones específicas a que se refieren los párrafos anteriores se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de esta ley. Dichas obligaciones se mantendrán en vigor durante el tiempo estrictamente imprescindible.

A la hora de imponer obligaciones específicas, se tomarán en consideración, en su caso, las condiciones peculiares presentes en nuevos mercados en expansión, esto es, aquellos con perspectivas de crecimiento elevadas y niveles reducidos de contratación por los usuarios y en los que todavía no se ha alcanzado una estructura estable, para evitar que se limite o retrase su desarrollo."

En el mismo sentido el artículo 48 de la Ley 32/2003 :

"3. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.

4. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:...

e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.

A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:...

2.ª Pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen determinante. Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del dictamen determinante de forma expresamente motivada..."

Estas competencias no excluyen las atribuidas a la CNC (hoy CNMC) por el artículo 12 de la Ley 15/2007 , y ello se refleja de modo claro en el artículo 48.4.2ª antes citado, al establecer que la CMT pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

Por tanto la reprensión de las conductas descritas como infracción en la Ley 15/2007 es competencia de los órganos de defensa de la competencia, y, por el ámbito territorial en este supuesto, corresponde a la CNC.

Se argumenta igualmente por la actora, que el ámbito del mercado de las telecomunicaciones se encuentra regulado, y por ello, los precios no vienen determinados por ella. Debemos ahora recordar la doctrina contenida en la sentencia del TJ de 10 de julio de 2014 , c-295/12 , que confirma en casación la sentencia del Tribunal General Telefónica y Telefónica de España/Comisión T-336/07 , EU:T:2012:172:

"128 En primer lugar, las recurrentes afirman que el Tribunal General dio por válida una interpretación errónea de la jurisprudencia derivada de la sentencia Bronner (EU:C:1998:569), al considerar que la Comisión era competente para regular ex post las condiciones de precio a que está sometido el uso de infraestructuras no indispensables. Pues bien, esta alegación carece de fundamento, toda vez que equivale a sostener que el artículo 102 TFUE está

pensado para ser aplicado en el presente contexto únicamente cuando concurren los requisitos fijados en la sentencia Bronner (EU:C:1998:569). A este respecto, debe recordarse que el ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE es de alcance general y no puede verse limitado -en particular, como ha señalado acertadamente el Tribunal General en el apartado 293 de la sentencia recurrida- por el hecho de que exista un marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular ex ante los mercados de las telecomunicaciones."

La recurrente sostiene reiteradamente que los precios mayoristas fueron adoptados por la CMT en su Resolución de 7 de octubre de 2010, y que por ello, carecía de posibilidad alguna para producir el estrechamiento de márgenes que nos ocupa.

El contenido de la Resolución de 7 de octubre de 2010 de la CMT ha de interpretarse en la línea marcada por la sentencia del TJ antes indicada. Para entender si nos encontramos ante precios fijos, como sostiene la recurrente, o ante precios máximos, como afirman las demandadas, hemos de recordar los planteamientos contenidos en la citada Resolución, que originan la controversia:

"Por último, debe reiterarse que los precios de la ORAC son firmes y no orientativos dada la modificación incluida por esta Comisión de separar la interconexión en interconexión básica, dúplex y sistema de gestión por un lado, y cubrición asociada por otro. Esto se debe a que al separar la cubrición asociada a la interconexión no se obtiene un precio medio orientativo de cubrición por tipología de interconexión, sino que se obtiene el precio concreto de cubrición en función de la tipología de cubrición del centro en que se realiza la interconexión."

En relación con las alegaciones de Radiodifusión Digital, la orientación del precio mayorista al coste de servicio debería garantizar que no se cobren precios mayoristas excesivos. En lo relativo a la posible existencia de prácticas de estrechamiento de márgenes, debe señalarse que con la presente Resolución se produce una importante revisión de los precios mayoristas sin que se hayan producido cambios en la política minorista, lo que debería limitar la supuesta proliferación de dichas prácticas. Debe además recordarse que esta Comisión ya concluyó en la Resolución de 26 de febrero de 2009 que no había quedado acreditada la existencia de prácticas anticompetitivas en las condiciones mayoristas y minoristas ofrecidas por Abertis en el mercado. También cabe recordar que conforme a la Resolución del mercado 18, Abertis tiene la obligación de comunicar de manera preventiva a la CMT los precios y condiciones de los preacuerdos que realice con las sociedades concesionarias de televisión en el ámbito nacional y autonómico, así como remitir los contratos que en su momento puedan ser suscritos con las citadas sociedades concesionarias. Es decir, esta Comisión aprueba los precios mayoristas de Abertis y conoce con antelación los precios minoristas propuestos a los clientes finales, lo que permite ejercer un control preventivo sobre dicho tipo de conductas."

Ahora bien, en el fundamento jurídico primero de la Resolución antes citada, podemos leer:

"...Según establece el artículo 16.1 de la Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo de 2002 relativa al marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva Marco), dicho procedimiento se deberá realizar lo antes posible tras la adopción de la Recomendación o cualquier actualización de la misma, teniendo en cuenta las Directrices establecidas por la Comisión Europea. Esta previsión fue transpuesta en la normativa nacional mediante los artículos 10.2 y 3.1 de la LGTel y del Reglamento de Mercados respectivamente."

Por su parte, el Reglamento de Mercados desarrolla, a través de sus artículos 2 a 5, el procedimiento a seguir por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la identificación y análisis de los mercados de referencia en la explotación de redes y en el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas, y su facultad para imponer obligaciones específicas apropiadas a los operadores que posean un poder significativo en cada mercado considerado."

En este marco, en la Resolución del mercado 18, se impusieron a Abertis una serie de obligaciones. En relación con la obligación de transparencia, en el Anexo de Obligaciones se detalla que:

"a) Abertis está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación del servicio mayorista de acceso suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1.a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados ; art. 9 de la Directiva de Acceso).

[...]

Abertis deberá tener disponible su oferta y comunicarla a la CMT así como a los interesados en, al menos, una de sus oficinas centrales en Barcelona y en su página web en el plazo de cuatro meses desde la adopción de la presente medida."

Abertis deberá mantener actualizada su oferta de referencia al menos con una periodicidad anual. En el caso de que Abertis proceda a la modificación de la oferta, ésta deberá ser comunicada a la CMT."

De acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, la CMT podrá dictar resolución motivada instando la modificación de la oferta y fijará asimismo la fecha a partir de la cual aquélla surtirá efectos. En el caso de que la Resolución no especifique expresamente el plazo a partir del cual la modificación surtirá efectos será de dos meses desde su adopción.

Con fecha 6 de octubre de 2009, Abertis comunicó a la CMT y a terceros interesados la publicación de su oferta de referencia. Con fecha 14 de abril de 2010, y a raíz de la aprobación de la Resolución de 4 de marzo de 2010 sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Retevisión I, S.A.U. (Abertis Telecom, S.A.U.) del ejercicio 2008 (AEM 2010/88), Abertis planteó la revisión de los precios mayoristas aplicables a fin de adaptar dichos precios al sistema de contabilidad de costes para el ejercicio 2008.

Conforme al artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, "la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; [...]..."

La oferta es presentada por la hoy recurrente, como resulta claramente del párrafo transcrito, si bien se faculta a la CMT para introducir modificaciones en dicha oferta, lo que no implica la fijación de precios obligatorios, si no que, como señalan las demandadas, se trata de precios máximos, precios que no pueden ser excedidos pues sobre ellos se entiende que pueda producirse una distorsión en el mercado regulado, pero que pueden ser reducidos. No es posible otra interpretación partiendo de las afirmaciones contenidas en la sentencia del TJ de 10 de julio de 2014 antes citada.

La existencia de tales precios, basados en la oferta de la actora, no implica que el servicio que nos ocupa no sea susceptible de ser prestado con precios inferiores.

Estas reflexiones son igualmente aplicables a la modificación operada por Resolución de 10 de febrero de 2011.

QUINTO : Se alega, a continuación que la conducta de la recurrente no es ni típica ni antijurídica. Fuera de toda duda, es cierto, como afirma la recurrente, que la Administración no puede crear tipos infractores no previstos legalmente, ni aplicar extensiva o analógicamente normas sancionadoras.

En primer lugar hemos de señalar que la sanción no se ha impuesto a la recurrente por aplicar los precios mayoristas acordados por la CMT, sino por una práctica abusiva consistente en estrechamiento de márgenes.

Veamos ahora, y previamente a analizar la subsunción de la conducta en la infracción imputada, el contraste de los hechos en los que se apoya la imputación.

Respecto a la valoración de la prueba, la sentencia del TJ de 10 de julio de 2014, c-295/12, declara:

"54 Así, el Tribunal de Justicia ha tenido ya ocasión de subrayar que, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de un margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar, en particular, la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (sentencias Comisión/Tetra Laval, EU:C:2005:87, apartado 39; Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 54, y Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 59).

55 Por otra parte, la falta de control de oficio de la decisión controvertida en su conjunto no viola el principio de tutela judicial efectiva. Para que se respete este principio no es indispensable que el Tribunal General, que está ciertamente obligado a dar respuesta a los motivos invocados y a ejercer un control tanto de hecho como de Derecho, esté obligado a proceder de oficio a una nueva instrucción completa del expediente (sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 66, y Kone y otros/Comisión, C-510/11 P, EU:C:2013:696, apartado 32).

56 Así, el juez de la Unión debe ejercer el control de legalidad basándose en las pruebas aportadas por el demandante en apoyo de los motivos invocados, sin que pueda basarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión a la hora de valorar dichas pruebas para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho (véanse en este sentido las sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 62, y Schindler Holding y otros/Comisión, EU:C:2013:522, apartado 37).

57 En vista de estas características, el control de legalidad contemplado en el artículo 263 TFUE cumple los requisitos del principio de tutela judicial efectiva que figura en el artículo 6 del CEDH, apartado 1, con el que se

corresponde, en Derecho de la Unión, el artículo 47 de la Carta (véanse en este sentido las sentencias Chalkor/ Comisión, EU:C:2011:815, apartado 67; Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 56, y Schindler Holding y otros/ Comisión, EU:C:2013:522, apartado 38)."

Pues bien, el informe pericial unido al ramo de prueba, recoge las siguientes conclusiones: A) Se reconoce la existencia de un margen negativo pero se justifica en la medida en que los costes son superiores a los ingresos estimados por la DI. Pero en tal afirmación es necesario considerar que en los costes se incluyen los precios mayoristas, como correctamente considera la DI. B) respecto de los ingresos minorista estimados por la DI, se afirma estar infravalorados, por una desproporción entre costes e ingresos y en relación con los resultados positivos de Abertis. Ciertamente en la pericial, los márgenes positivos resulta de una estimación superior de ingresos - véase página 4 del escrito de aclaración presentado por el Sr. Perito -. Pero respecto de esta afirmación hemos de destacar: 1.- se reconoce expresamente una limitación al alcance para poder determinar de forma objetiva los precios del servicio minorista, 2.- se reconoce que Abertis tenía autonomía para establecer los precios minoristas. C) Se afirma una reducción del coste minorista del transporte de distribución, vía COPEX u OPEX en la estimación de la DI.

Estas reflexiones no desvirtúan la corrección de las estimaciones realizadas por la DI y asumidas por la CNC, que resultan suficientemente fundadas sobre datos objetivos contenidos en el expediente administrativo, y sin que del informe pericial se concluya la existencia de error en la estimación realizada por el órgano de competencia.

A ello hemos de añadir una circunstancia reiterada en los escritos de las demandadas, cual es que a la fecha de la Resolución impugnada, la recurrente mantenía el 100% de cuota del mercado afectado, lo que, prima facie, pone de relieve la existencia de barreras de entrada, que no necesariamente han de responder a operaciones de estrechamiento de márgenes, pero, que una vez detectadas por la DI en estimaciones objetivamente justificadas, no resulta irrazonable la admisión de la real existencia de estas prácticas.

Señala la recurrente que la forma de operar de la DI en la determinación de costes e ingresos vulnera los criterios sentados en la sentencia del TJ de 17 de noviembre de 2011, c-52/09 . Esta sentencia señala:

"44 Además, dicho enfoque se justifica aún más cuanto que también se ajusta al principio general de seguridad jurídica, dado que la toma en consideración de los costes y los precios de la empresa dominante le permite a ésta apreciar la legalidad de su propio comportamiento de conformidad con la responsabilidad particular que, como se ha recordado en el apartado 24 de la presente sentencia, le incumbe con arreglo al artículo 102 TFUE . En efecto, si bien una empresa dominante conoce sus propios costes y tarifas, no conoce en principio los de sus competidores (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 202).

45 Dicho esto, no cabe excluir que los costes y los precios de los competidores puedan ser relevantes para examinar la práctica tarifaria controvertida en el litigio principal. Éste podría ser particularmente el caso cuando la estructura de costes de la empresa dominante no puede identificarse con precisión por razones objetivas o cuando la prestación suministrada a los competidores consiste en la simple explotación de una infraestructura cuyo coste de producción ya se ha amortizado, de modo que el acceso a tal infraestructura ya no representa para la empresa dominante un coste que sea económicamente comparable al coste que sus competidores deben soportar para acceder a ella o bien cuando las condiciones de competencia específicas del mercado lo exijan, por ejemplo, por el hecho de que el nivel de costes de la empresa dominante se debe precisamente a la situación de ventaja competitiva en la que la posición dominante pone a dicha empresa.

46 Por lo tanto, procede concluir que, en el marco del examen del carácter abusivo de una práctica tarifaria resultante en la compresión de los márgenes, han de tomarse en consideración, en principio y de manera preferente, los precios y costes de la empresa de que se trate en el mercado de las prestaciones minoristas. Únicamente cuando, habida cuenta de las circunstancias, no sea posible hacer referencia a dichos precios y costes, procede examinar los de los competidores que operan en ese mismo mercado."

Esta es la forma en la que ha operado la DI, que si bien ha considerado los costes de un operador igualmente eficiente, ello se hace como contraste con los datos de Abertis, lo que no contradice la jurisprudencia expuesta.

Analizaremos ahora la subsunción en el artículo 2 de la Ley 15/2007 y 102 de TFUE . Reiteradamente hemos declarado, siguiendo la doctrina del TJ, que el abuso de posición de dominio requiere dos elementos a) posición de dominio en el mercado de referencia, y b) práctica abusiva.

Respecto a la posición de la actora en el mercado de referencia, su cuota, como se ha dicho, es del 100% al tiempo de los hechos que nos ocupan.

Respecto a la práctica abusiva atribuida, lo es la de estrechamiento de márgenes que supone una barrera de entrada de los competidores o la exclusión del mercado de estos. En este sentido, la sentencia de 10 de julio de 2014 del TJ afirma:

"124 Debe declararse infundada esta tercera imputación dado que, por una parte, para demostrar el carácter abusivo de una práctica como la de la compresión de márgenes, dicha práctica debe tener un efecto contrario a la competencia en el mercado, pero tal efecto no tiene que ser necesariamente concreto, siendo suficiente con que se demuestre un posible efecto contrario a la competencia que pueda expulsar a los competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentra en una posición dominante (véase la sentencia TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, apartado 64), y, por otra parte, el Tribunal General declaró, en el apartado 282 de la sentencia recurrida, en el contexto de su apreciación de los hechos, que la Comisión demostró la existencia de esos potenciales efectos."

La CNC ha acreditado que la práctica analizada es potencialmente apta para producir la exclusión de competidores o impedir su entrada en el mercado de referencia.

Concurren los requisitos tipificados en los preceptos de aplicación para entender que existe una infracción de abuso de posición de dominio y, por ello, una práctica contraria a la libre competencia.

SEXTO : Alega la recurrente falta de culpabilidad en la realización de la conducta imputada. Antes de analizar las circunstancias concretas, es necesario recordar lo afirmado en la tan repetida sentencia del TJ de 10 de julio de 2014 :

"149 En el presente asunto, debe observarse que la interpretación acogida por la Comisión en la Decisión controvertida, según la cual una práctica de compresión de márgenes es contraria al artículo 102 TFUE , era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción. Esta previsibilidad derivaba de las Decisiones 88/518 (Napier Brown) y Deutsche Telekom y de los efectos negativos previsibles de una práctica de compresión de márgenes sobre la competencia, como señala acertadamente el Tribunal General en los apartados 358 a 362 de la sentencia recurrida."

150 Por lo demás, en la medida en que esta tercera imputación se basa en la sentencia Bronner (EU:C:1998:569), debe recordarse que la conducta abusiva que se reprocha a las recurrentes, consistente en un estrechamiento de márgenes, constituye una forma autónoma de abuso, diferente de la denegación de suministro, a la que no son de aplicación los criterios establecidos en la sentencia Bronner (EU:C:1998:569), como ya se ha precisado en el apartado 75 de la presente sentencia..."

156 Por lo que respecta a la cuestión de si las infracciones se cometieron deliberadamente o por negligencia y de si, por tanto, pueden sancionarse con una multa de conformidad con el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento nº 17 o del artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que este requisito se cumple cuando la empresa de que se trata no pueda ignorar que su conducta es contraria a la competencia, tenga o no conciencia de estar infringiendo las normas de competencia del Tratado (véase la sentencia Deutsche Telekom/Comisión, EU:C:2010:603, apartado 124 y jurisprudencia citada)."

La recurrente centra su argumento para sostener su falta de culpabilidad, en la regulación jurídica del mercado en el que opera y las Resoluciones de la CMT.

Respecto de la interpretación de las normas sectoriales, no puede nunca realizarse desde la perspectiva vulneradora de la libre competencia, por lo que una interpretación en tal sentido no puede admitirse como razonable a efectos de excluir la culpabilidad.

En relación con la intervención de la CMT, ya hemos señalado que se produce en virtud de la propuesta de la recurrente y que en ningún caso fija precios mayoristas mínimos, sino máximos. No interviene en la determinación de las condiciones contractuales que puedan pactarse entre la recurrente y sus potenciales competidores, ni tampoco fiscaliza el desarrollo de las mismas. La actora no puede ignorar, desarrollando la diligencia exigible, que la conducta consistente en estrechamiento de márgenes es contraria a la libre competencia , *tenga o no conciencia de estar infringiendo las normas de competencia*, en palabras de la sentencia antes citada.

Otra cuestión será que en la modulación del reproche de antijuridicidad se consideren estos elementos para la individualización de la sanción.

SEPTIMO : Resta analizar la proporcionalidad en la aplicación de la sanción. Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la aplicación e interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 . Recientemente el Tribunal Supremo ha resuelto, conociendo en casación frente a la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2013 , sobre las cuestiones planteadas respecto a la interpretación y aplicación de tales preceptos en su sentencia de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 , que ha sido seguida por otras posteriores del mismo

tenor. Veremos la parte dispositiva de la citada sentencia y, posteriormente, destacaremos algunos de los fundamentos jurídicos que la justifican.

En el fallo de la sentencia leemos:

"Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 2872/2013, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2013 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 29/2012 tan sólo en lo que se refiere a la interpretación que el tribunal de instancia hace de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 .

Segundo. - Procede mantener la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo número 29/2012, interpuesto por "BCN Aduanas y Transportes, S.A." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011 (expediente S/0269/10), en cuando declara la nulidad de la sanción de multa impuesta y ordena a la referida Comisión (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que la imponga conforme a Derecho. A estos efectos, el cálculo de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 según los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

Tercero.- No hacer imposición de costas."

De los fundamentos jurídicos destacamos:

" La Sala de la Audiencia Nacional reitera en esta sentencia el mismo criterio que ya había mantenido en algunas precedentes, a partir de la dictada el 6 de marzo de 2013 en el recurso número 619/2010, sobre la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , criterio que ha consolidado en otras posteriores y del que discrepa en este caso una de las magistradas de la Sección.

En síntesis, la Sala de instancia interpreta la expresión "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora" (que es la aplicable a las infracciones muy graves según el mencionado artículo 63.1 de la Ley 15/2007) en un doble sentido:

A) El porcentaje del volumen de negocios (hasta el diez por ciento para las infracciones muy graves, cinco por ciento para las menos graves y uno por ciento para las leves) debe ser utilizado como cifra máxima de la "escala" o "arco sancionador" dentro del cual se ha de situar la multa, en función de la gravedad de la conducta. El límite del diez por ciento no constituye, pues, un mero "umbral de nivelación" que opere a posteriori sobre el importe de la multa determinado conforme a criterios que permitan fijar un "importe de base" mayor.

B) El volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje es el correspondiente al "ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción". Lo que significa que no se incluyen en aquella cifra de "negocios" los ingresos obtenidos por la empresa sancionada en otros mercados o ramas de actividad."

Continúa la citada sentencia:

"Quinto.- La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").

Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo -el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, Reglamento 1/2003)- al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x, de una determinada magnitud, sea ésta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela -junto con el resto de consideraciones que hacemos- la debilidad del argumento que emplea el Abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el diez por ciento) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación a posteriori, esto es, una vez calculadas éstas. Para el Abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como "un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar". La finalidad de este límite del diez por ciento sería, a su juicio, la de evitar que "la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo". El argumento del Abogado del Estado, sin embargo, no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos.

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable.

La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, que el límite del diez por ciento actúa únicamente como ulterior "umbral de nivelación" de la sanción ya definida. Con esta expresión (que, por lo demás, no figura en el Reglamento 1/2003 aunque sí en la versión en español de algunas sentencias del Tribunal de Justicia) se quiere identificar lo que hemos denominado "límite extrínseco" aplicable a las sanciones, una vez fijada previamente la cuantía "apropiada" de éstas según el método de cálculo que hace suyo la Comunicación de la Comisión Nacional de Competencia. Dejaremos aparte el hecho de que, en castellano, el término "umbral" no tiene el significado que se emplea en el recurso: umbral es la parte inferior o escalón contrapuesto al dintel, en la puerta o entrada de una casa, o, según su tercera acepción registrada, el "valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado", no un valor máximo. Pero tal límite extrínseco, repetimos, no se contiene en la Ley española aunque sí lo haga en el Reglamento 1/2003.

Incluso si admitiéramos -a efectos dialécticos, pues ya hemos rechazado esta interpretación- que el porcentaje del diez por ciento constituye en la Ley 15/2007 un mero "umbral de nivelación", el problema de la inexistencia de unos valores mínimo y máximo para fijar previamente la multa seguiría subsistiendo.

La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible,

las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" (artículo 76 del Código Penal) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción."

Respecto a la aplicación del Reglamento 1/2003 CE, se afirma:

"Sexto.- Avanzábamos en el fundamento de derecho precedente que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (a fortiori) penal. El intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado- de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE , puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas.

La premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia (por lo que aquí respecta, el tan citado Reglamento 1/2003) no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE , pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada."

Respecto al elemento "volumen de negocios total", se afirma:

"Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora...

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción...

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio

de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

Noveno.- Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecue el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007."

Concluye la repetida sentencia:

"Procede, pues, el mantenimiento del fallo de instancia en cuanto ordena a la Comisión Nacional de Competencia (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga de nuevo la sanción pecuniaria "en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados", si bien atemperando esta declaración en el siguiente sentido:

A) Por un lado, debe atenderse a la precisión efectuada por el tribunal de instancia: "[...] En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 1 de diciembre de 2011, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio".

B) Por otro lado, el cálculo de la sanción debe hacerse en sintonía con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia. Ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE."

En el presente supuesto, la Resolución impugnada razona la graduación de la sanción en los siguientes términos:

"Para el cálculo de la sanción que corresponde por la infracción descrita el Consejo aplica la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones...

A efectos del cálculo el Consejo toma los volúmenes de negocio que ABERTIS proporcionó a la DI en su respuesta de 14 de julio de 2011 correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010, así como los volúmenes de negocios para el ejercicio 2011 que ha comunicado al Consejo en su escrito de 30 de enero de 2012...

En vista de ello, de que la conducta es muy grave y de que ha tenido efectos obstaculizando la entrada de competidores en el mercado, que de facto se ha visto impedida, el Consejo estima que el porcentaje a aplicar para el cálculo del importe básico de la sanción a las cifras de volumen de negocio afectado declaradas por ABERTIS, debidamente ponderadas por los coeficientes que la comunicación indica, debe ser el 15%. De ello resulta una sanción de 13.755.000 euros."

Esta forma de graduar la sanción ha sido declarada contraria a Derecho por el Tribunal Supremo en la sentencia antes trascrita parcialmente, por ello debemos anular la sanción impuesta para que por la CNMC se imponga la que corresponda, aplicando la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Abertis Telecom SAU**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Eduardo Codes Feijoo, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de febrero de 2012**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos, ordenando** a la CNMC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.