



Roj: **SAN 4169/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4169**

Id Cendoj: **28079230062022100484**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/07/2022**

Nº de Recurso: **572/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000572 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6520/2016

Demandante: CELLNEX TELECOM, S.A.

Procurador: DOÑA MERCEDES CARO BONILLA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de julio de dos mil veintidós.

Se ha visto, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el presente recurso tramitado con el número **572/2016**, interpuesto por **CELLNEX TELECOM, S.A.**, representada por la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla, contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08, AXION/ABERTIS.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que solicita que se dicte sentencia estimando el recurso con la anulación de la resolución impugnada.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 22 de junio del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por CELLNEX TELECOM, S.A. la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08, AXION/ABERTIS. El acuerdo impugnado se dictó en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015, que estimó parcialmente el recurso de casación 2064/2012, interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2012, recurso 333/2009, que CELLNEX TELECOM, S.A. (antes Abertis Telecom Terrestre, S.L. y en adelante CELLNEX) dedujo contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2009.

Esta última resolución de 19 de mayo de 2009, le impuso a CELLNEX la sanción de multa de 22.658.863 euros por una infracción del artículo 6 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa. La SAN de 15 de febrero de 2012, desestimó el recurso 333/2009 contencioso-administrativo que esta entidad dedujo contra el acuerdo sancionador, que fue íntegramente confirmado.

Interpuesto el recurso de casación 2064/2012, fue estimado por la STS de 23 de abril de 2015, sin embargo y a título de conclusión, dijo compartir el criterio tanto de la sentencia impugnada como del acuerdo sancionador de la Administración «*e]n cuanto a la existencia de la conducta infractora imputable a Abertis; pero entendemos, por las mismas razones que nos han llevado a estimar los motivos de casación decimotercero, decimoquinto y decimosexto, que procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la sanción, así como en lo relativo a la medida dispuesta en el apartado 6 de su parte dispositiva, aspectos éstos en los que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia resulta contraria a derecho.*

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

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

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción, el Tribunal Supremo apreció que «*[l]a resolución sancionadora, aunque invoca expresamente lo dispuesto en el artículo 10 del Ley de la Ley 16/1989, no se ciñe en realidad a las bases y criterios de graduación establecidos en ese precepto, sino que lleva a cabo la cuantificación de la multa aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009.*

Por ello, aunque entre las circunstancias que se ponen de manifiesto en el fundamento décimo de la resolución sancionadora hay varias que, en efecto, son incardinables en algunos de los apartados que enumera el artículo 10.2 del Ley de la Ley 16/1989, lo cierto es que el procedimiento de cálculo seguido por la Comisión Nacional



de la Competencia está viciado en su conjunto por la aplicación que hace, siquiera de forma encubierta, de los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. [...]».

En ejecución de la citada sentencia se dictó el acuerdo de 29 de septiembre de 2016 que ahora se recurre. En esta resolución, la CNMC parte como base del cálculo de sanción del volumen de ventas del año 2008, que ascendió a 374.350.000 euros, ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de 2009, como ha corroborado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto a la concreta motivación de la sanción explica que « [s]e trata de dos infracciones muy graves que afectan a una infraestructura necesaria para los radiodifusores cuya actividad tiene naturaleza de servicio de interés general (motivo por el cual esta Sala considera que el reproche sancionador en este caso no podría situarse por debajo del 3%); adicionalmente, la dimensión del mercado es nacional con afectación a los intercambios intracomunitarios; la duración de la conducta es de tres años con efectos prolongados más allá en el tiempo; las conductas han sido desarrolladas por el antiguo monopolista en un mercado de reciente liberalización en el que mantenía una cuota del 69% en el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual, lo que le confiere una especial responsabilidad; y finalmente, la conducta es exclusionaria con efectos de cierre de mercado. Por todos estos motivos, sin apreciarse agravantes o atenuantes, esta Sala considera que el reproche sancionador debería situarse en el tramo superior del arco sancionador que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total del infractor en el 2008.

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

Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial⁴). En el presente caso, la multa que correspondería a la infractora con un tipo sancionador situado en el tramo alto superaría el límite de proporcionalidad determinado de acuerdo con la mencionada estimación. Así pues, teniendo en cuenta todos los elementos de graduación de la sanción citados, y la valoración de proporcionalidad, el importe de la multa que hace compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad debe fijarse en el 5% del volumen de negocios total en 2008 de la empresa infractora, lo que supone una sanción de 18.717.500 euros.

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

SEGUNDO.- En el escrito de demanda son varios los motivos invocados para instar la nulidad de la sanción impugnada, y comienza por decir que es la primera ocasión en la que la CNMC ha realizado una estimación del supuesto beneficio ilícito derivado de un abuso de posición de dominio, a los efectos de aplicar su nueva metodología, lo que tiene una especial complejidad ya que los abusos de posición de dominio no siempre derivan en incrementos de precios ni garantizan en todo caso la obtención de beneficios a la empresa sancionada. Invoca, en primer lugar, (i) la nulidad de la resolución por vulneración de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional, por existir una infracción del principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables en relación con la determinación del importe de la sanción, al haber aplicado retroactivamente la resolución recurrida la metodología de cálculo de multas diseñada por la CNMC. como consecuencia de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo tras su sentencia de 29 de enero de 2015 para la aplicación de la actual LDC, metodología más restrictiva que la aplicable bajo la Ley 16/1989. (ii) En segundo lugar, achaca a la resolución una falta de motivación, infringiendo los artículos 24 de la Constitución española y 54 de la Ley 30/1992; en tercer lugar, (iii) indefensión por la utilización de información que no obra en el expediente y a la que no ha tenido acceso; y en cuarto lugar, (iv) considera vulnerado el principio de proporcionalidad.

Por el abogado del Estado se instó la desestimación del recurso, incidiendo en la legalidad de la resolución impugnada.

TERCERO.- El cuanto a la primera queja, la resolución impugnada no hace más que seguir los criterios fijados por la sentencia del Tribunal Supremo. Y nos referimos a que la sentencia dijo con toda claridad que la nueva sanción se debería cuantificar « [c]iñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10, sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 [...]». Es decir, la posible aplicación retroactiva, aunque no se expresa en esos términos, pudo tener lugar con ocasión de la graduación de la primera multa que fue anulada, pero no de la dictada en ejecución de la decisión del Tribunal Supremo. Al contrario, cuando se



dicta el nuevo acuerdo sancionador y se hace referencia a los criterios aplicativos, se recogen expresamente los contemplados en el artículo 10 de la Ley 16/1989, y nada refleja que hubieran sido otros los criterios seguidos.

El argumento nuclear de la demanda reside en su falta de motivación. Podemos anticipar que no compartimos las críticas de la actora. Vemos que el acuerdo impugnado, en la tarea explicar y justificar su decisión, hace varias puntualizaciones:

- 1.- Se indica expresamente que se sancionan dos infracciones muy graves que afectan a una infraestructura necesaria para los radiodifusores cuya actividad tiene naturaleza de servicio de interés general.
- 2.- Cuando se refiere al mercado, puntualiza que la dimensión del mercado es nacional con afectación a los mercados intracomunitarios.
- 3.- Por lo que se refiere a su duración, se fija en tres años con efectos prolongados más allá en el tiempo.
- 4.- Se constata que las conductas han sido desarrolladas por el antiguo monopolista en un mercado de reciente liberalización en el que CELLNEX tenía una cuota del 69% en el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual, y se trata de una conducta exclusionaria con efectos de cierre en el mercado.
- 5.- Por último, no se apreciaron atenuantes ni agravantes.

Añade que el reproche sancionador debería situarse en el tramo superior del arco sancionador que discurre del cero al 10% de las ventas totales para 2008 (del 6,66 al 10% de la escala). A pesar de que la actora no indica de cual sería el porcentaje sancionador concreto que correspondería imponer a la entidad por la infracción imputada dentro de ese tramo superior del arco sancionador, si lleva a cabo lo que denomina ajuste de proporcionalidad con el objeto de evitar una sanción desproporcionada. Para ello parte de lo que denomina beneficio ilícito potencial que constituye «una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes», aunque se queja la demanda de que no se ofrece información de cómo se lleva a cabo este cálculo.

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

Concluye la resolución que el importe de la multa, que hace compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad, debe fijarse en el 5% del volumen de negocios total en 2008 de la empresa infractora, lo que implica una sanción de 18.717.500 euros que sí respeta el límite de la *reformatio in peius*.

Todas estas razones dadas por la Administración y que son expresamente recogidas en la propia demanda, no se consideran de entidad suficiente de cara a la motivación. Sin embargo, a juicio de esta Sala son claros elementos que sirven para explicar la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en reiteradas sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « *[...]los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 123/81). [...]*».

CUARTO.- Lo expuesto y siguiendo lo ya dicho por esta Sala en anteriores sentencias, nos lleva a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente, de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS



Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **CELLNEX TELECOM, S.A.**, contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08, AXION/ABERTIS, con expresa condena en costas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ