



Roj: **SAN 1754/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1754**

Id Cendoj: **28079230062023100210**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/03/2023**

Nº de Recurso: **988/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1754/2023,**
AAAN 4933/2023

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000988 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07261/2019

Demandante: ABERTIS

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **988/2019**, promovido por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, en nombre y en representación de **ABERTIS** contra la resolución de 28 de marzo de 2019 , dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0207/09 (**TRANSPORTE TELEVISIÓN**) en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 rec. 1580/2015 que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional

(Sección Sexta) de 20 de febrero de 2015, rec. 139/2012, dictada en el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 8 de febrero de 2012 (Expediente S/0207/09 TRANSPORTE TELEVISIÓN), en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictar sentencia por la que acuerde:

"la nulidad de pleno derecho o, en su caso, anulabilidad de la resolución impugnada y ordene a la CNMC la fijación del importe de la multa tomando en consideración la metodología propuesta por mi representada y en la cuantía calculada en el presente escrito.

Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada."

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Posteriormente se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló el día 15 de febrero de 2023, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ramón Castillo Badal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo, la entidad ABERTIS impugna la resolución de 28 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0207/09 (TRANSPORTE TELEVISIÓN) en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 rec. 1580/2015 que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 20 de febrero de 2015, rec. 139/2012, dictada en el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 8 de febrero de 2012 (Expediente S/0207/09 TRANSPORTE TELEVISIÓN), en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

SEGUNDO. - La adecuada resolución del recurso requiere tener en consideración los siguientes hechos:

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

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

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

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

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

2. Con fecha 8 de febrero de 2012 fue notificada a ABERTIS la citada resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 139/2012).

Asimismo, ABERTIS solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa incluida en la resolución de 8 de febrero de 2012, que fue concedida mediante auto de 18 de junio de 2012.

3. Mediante sentencia de 20 de febrero de 2015 (recurso 139/2012), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por ABERTIS contra la resolución de 8 de febrero de 2012, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa.

Contra dicha sentencia, ABERTIS interpuso recurso de casación (1580/2015).

Mediante sentencia de 23 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

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

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

6. Finalmente, la Sala de Competencia dictó resolución el día 28 de marzo de 2019, que constituye el objeto del presente recurso.

TERCERO.- En el escrito de demanda la recurrente denuncia que la Resolución Impugnada ha sido dictada sin respetar su derecho al necesario trámite de audiencia, causándole una innegable indefensión, vulnerando así los apartados a y e del artículo 47 de la Ley 39/2015 y cita en su apoyo la sentencia de 30 de septiembre de 2019.

Denuncia seguidamente la falta de motivación de la resolución pues ignora los argumentos que justifican la imposición de la cantidad impuesta a modo de sanción.

Considera que incurre en arbitrariedad, prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, en relación con el artículo 24 también de la Constitución.

Finalmente, la Resolución Impugnada vulnera el principio de proporcionalidad, siendo contraria a los artículos 63 y 64 de la LDC, así como el artículo 29.3 de la Ley 40/2015.

CUARTO.- Entrando a examinar los motivos del recurso, la jurisprudencia ha rechazado la necesidad de abrir un trámite de audiencia en los supuestos de recálculo de la sanción impuesta por la CNMC para aplicar los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007, consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013.

En la sentencia de 5 de marzo de 2020, rec. 1957/2019, el Tribunal Supremo recuerda que "en la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2019, declaramos :

"[...] 1/ Anulada jurisdiccionalmente una resolución sancionadora únicamente en lo que se refiere a la cuantía de la multa, la nueva resolución administrativa que recalcula el importe de la multa de acuerdo con los criterios fijados en la propia sentencia es un acto de ejecución que debe llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos para la ejecución de sentencias (artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sin que resulten de aplicación las previsiones contenidas en los artículos 42, 44 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (ahora, artículos 21 , 25 y 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador.

2/ El cumplimiento de la sentencia que anula la resolución sancionadora únicamente en lo relativo a la cuantía de la multa no exige que se inicie y tramite un nuevo procedimiento administrativo cuando la propia sentencia deja señalados, de acuerdo con lo debatido el proceso, los criterios y pautas para la cuantificación de la multa. El trámite de audiencia previo al dictado de este acto de ejecución únicamente será necesario en caso de que el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia requiriese abordar cuestiones no debatidas en el proceso o la realización de operaciones en las que hubiese algún margen de apreciación, no delimitado en la sentencia pues sólo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada." Criterio reiterado en la de 5 de marzo de 2020 , rec. 1957/2019.

En el presente caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018, confirmó la dictada por esta Sala el 20 de febrero de 2015 en la que estimamos parcialmente el recurso interpuesto por ABERTIS en el único extremo referido a la cuantificación de la multa, ordenando a la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que realizara un nuevo cálculo de la multa de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015.

Quiere ello decir, que la ejecución de la sentencia requería únicamente que la CNMC cuantificara el importe de la sanción en los términos indicados. No se trata de un nuevo ejercicio de la potestad sancionadora que necesitara la incoación de un nuevo procedimiento y la sentencia no plantea ninguna cuestión que requiriera dar trámite de audiencia a la ahora recurrente.

La resolución recurrida se ajusta a ese criterio jurisprudencial por lo que debemos rechazar el motivo expuesto que denuncia la ausencia de procedimiento y la omisión de trámite de audiencia.

QUINTO.- El enjuiciamiento del recurso debe efectuarse partiendo de la sentencia dictada por esta Sala en fecha 20 de febrero de 2015, rec.139/2012, por cuanto la resolución administrativa ahora examinada se ha limitado a su ejecución en el único punto en que se estimó el recurso contencioso administrativo, es decir, en la determinación del importe de la sanción de multa.

La citada sentencia de esta Sala, siguiendo la doctrina ya fijada en la sentencia de 29 de enero de 2015, cuestionó exclusivamente la utilización de la Comunicación de Multas de la CNC de 2009 en el cálculo de la multa y ordenó el recálculo de su importe según la interpretación de los artículos 63 y 64 de la LDC realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015.

Por lo tanto, se trata de analizar ahora si la metodología utilizada por la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia dictada por esta Sala se ha ajustado a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el 29 de enero de 2015.

En el apartado 3.2. de la resolución impugnada figuran los criterios expuestos por el Tribunal Supremo sobre la metodología que debe aplicarse para el cálculo de las sanciones en materia de competencia; y, en el apartado 3.3, se realiza el recálculo utilizando la metodología desarrollada en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Metodología que la CNMC está obligada a seguir y no la que propone el recurrente.

En este sentido, la resolución ahora impugnada destaca que, en la resolución anterior de 8 de febrero de 2012, y que ha confirmado esta Sala y el Tribunal Supremo, a la empresa infractora se la ha considerado responsable de una infracción muy grave y, por tanto, podía ser sancionada con una multa de hasta el 10% de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2011). Y, en esta línea, la resolución recurrida destaca el volumen de negocios total de la empresa infractora en el año 2011, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo acogida por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 8 de junio de 2015 que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos.

Y todo ello -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de las empresas para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recálculo, y hacen referencia a la aplicación de los criterios que la CNMC ha tenido en cuenta en la determinación del importe de la multa de acuerdo con el artículo 64.1 de la LDC. Y han sido:

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

b) En cuanto a la cuota de mercado de la entidad responsable (art. 64.1.b), *" ABERTIS cubre el 100% de la demanda de los servicios de transporte de señales de TDT"*.

c) Respecto del ámbito geográfico afectado por la conducta art. 64.1.c) *" la infracción es susceptible de afectar al comercio intracomunitario"*.

d) La duración de la infracción (art. 64.1.d): *"La infracción ha tenido lugar desde abril de 2009 hasta 2011 y la facturación en el mercado afectado esos años fue de 123.205.000 euros"*.

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

Por tanto, la resolución recurrida proyecta sobre el caso concreto los distintos criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar luego cuál va a ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio 2011 -con el límite citado del 10%- que, en relación, con ABERTIS fue de 504.986.000 euros. Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC como son la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

No apreciamos falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que se aplica a la recurrente, concretamente del 6%. En este sentido, la resolución recurrida para fijarlo tiene en cuenta la gravedad de la infracción, alcance y duración, y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, participación en la conducta de la infractora y la no concurrencia de atenuantes o agravantes.

En cuanto a la efectiva dimensión del mercado afectado por su infracción (art. 64.1.a), la resolución recurrida tiene en cuenta el volumen de negocios de la empresa en el mercado afectado (VNMA) durante los meses en que participó en la infracción. Asimismo, a efectos de la individualización de la sanción, se muestra su cuota sobre el VNMA total de la infracción.

Además, la resolución recurrida tiene en cuenta el carácter multiproducto de la empresa como parámetro para verificar la proporcionalidad de la sanción que podría resultar alterada aplicando el tipo sancionador que corresponde al volumen de negocios total de la empresa teniendo en cuenta que una parte importante de la actividad de la empresa es ajena a la conducta infractora.

En este sentido, la resolución sancionadora explica que, tras fijar el tipo sancionador que corresponde a ABERTIS en atención a la gravedad y características de la conducta y su participación en ella en el 6%. *"la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, lo que puede ocurrir cuando se trate de una entidad con una importante proporción de su actividad fuera del mercado afectado por la infracción. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión"*.

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

Sucede que como esa sanción es superior a la originariamente impuesta en aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, debe mantenerse la sanción original por importe de 13.755.000 euros.

En consecuencia, la resolución recurrida siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 calcula el importe de la sanción aplicando los criterios del art. 64.1 LDC por referencia a las circunstancias acreditadas por la resolución sancionadora confirmada judicialmente, que determinan el tipo sancionador a aplicar.

Al tratarse de una empresa multiproducto en el que una parte de su actividad se realiza fuera del mercado afectado por la infracción se realiza un ajuste de proporcionalidad tomando como referencia el beneficio ilícito potencial operando, además, el límite de la *reformatio in peius*.

La sanción se halla pues motivada y es proporcionada a la gravedad de la conducta.

A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el 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 181)"*.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.



FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, en nombre y en representación de **ABERTIS**, contra la resolución de 28 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0207/09 (*TRANSPORTE TELEVISIÓN*), resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se **no** tificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días, debiendo 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 CENDOS