



Roj: **SAN 1461/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1461**

Id Cendoj: **28079230062014100202**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/03/2014**

Nº de Recurso: **504/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 504/11, seguido a instancia de "DTS Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)" y "Prisa Televisión SAU" como sucesoras de "Sogetel SA", representadas por el Procurador de los Tribunales D^a M^a José Bueno Ramírez, con asistencia letrada de D. Antonio Guerra Fernández, y como Administración demandada la Comisión Nacional de la Competencia, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en materia sancionadora, y la cuantía se estimó en 88.387 euros, e intervino como ponente el Magistrado Don JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso en fecha 5 de marzo de 2013 recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 23 de enero de 2013 en expediente nº SNC/0016/11, que sanciona a las recurrentes de forma solidaria con multa de 88.387 euros por incumplimiento de resolución del Consejo de 28 de enero de 2010, el cual fue admitido a trámite, y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizar el trámite de demanda, lo que hizo en tiempo. Y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que se solicitó la anulación de la resolución impugnada, o subsidiariamente la anulación parcial por la cuantía de la sanción a la expresada en el escrito de demanda, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó oponiéndose a la demanda, interesando que se desestime el recurso, con expresa condena en costas a la recurrente.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 10 de septiembre de 2013 admitiendo las pruebas propuestas con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones escritas presentadas por las partes por su orden. Finalmente, se señaló para votación y fallo el día 4 de marzo de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Es Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 23 de enero de 2.013, en el expediente sancionador SNC/0016/11, por incumplimiento de la resolución del Consejo de 28 de enero de 2.010, por infracción del art. 62.4.c de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia, e impone a las recurrentes de forma solidaria una sanción de multa de 88.387 euros.

SEGUNDO.- Son hechos suficientemente acreditados en autos en virtud de la documental que obra en el expediente administrativo:

1. El presente proceso tiene por objeto la determinación del ajuste legal de la Resolución sancionadora de 23 de enero de 2.013, que proviene de la de fecha 15 de septiembre de 2011, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en la que adoptaron las siguientes decisiones:

"Primero: Declarar que la comercialización del denominado paquete "Digital + mini" a nuevos clientes, únicamente a través del canal Trío + constituye un incumplimiento de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 28 de enero de 2010.

Segundo: Intimar a Sogecable SA (actualmente Prisa Televisión SAU y DTS Distribuidora de Televisión Digital SA), al cese de la conducta descrita en el dispositivo anterior, en el plazo de 30 días naturales a contar desde la notificación de la presente resolución.

Advertir a Sogecable SA que, por cada día de retraso en el cumplimiento de la anterior intimación, se les podrá imponer una multa coercitiva de 600 euros.

Tercero: Interesar de la Dirección de Investigación de la CNC, la incoación de expediente sancionador por el incumplimiento declarado. .."

2. Esta resolución deriva a su vez de la incoación del expediente sancionador S/0020/07, Trío Plus, con causa en los Acuerdos de actuación conjunta firmados el 27 de junio de 2007 entre "Sogecable SA" (en adelante Prisa) y "Telefónica Cable SAU" (en adelante Telefónica) para la adquisición de contenidos para Imagenio y la comercialización de Digital+, con ciertos servicios de comunicaciones de Telefónica. En concreto el Acuerdo permitía:

a) La adquisición conjunta de contenidos audiovisuales para la plataforma de televisión por cable de Telefónica, consiguiendo las mismas condiciones de adquisición de contenidos para Imagenio (Telefónica) y Digital + (Prisa).

b) La comercialización conjunta de un producto denominado Trío + que ofrecía a los consumidores, el servicio de televisión de pago por satélite de Digital +, junto con el producto DUO de Telefónica, esto es, los servicios de telefonía y acceso a internet de la operadora.

3. El Consejo de la CNC dictó Resolución el 28 de enero de 2010, por la que se acordó la terminación convencional del referido expediente sancionador, sobre la base de los compromisos presentados y definitivamente concretados en la resolución, vistas las propuestas y recomendaciones de la Dirección de Investigación. Estos compromisos, necesariamente respetuosos con la filosofía de la resolución, tenían por objetivo conformar los futuros contratos vinculantes de actuación conjunta, que debían presentarse para su autorización en los 30 días siguientes. Esta resolución de terminación convencional se extiende también a los siguientes Acuerdos:

a) Contrato suscrito el 31 de enero de 2008 para la comercialización de Digital + con ciertos servicios de comunicaciones de Orange entre Prisa, DTS Distribuidora de televisión Digital SA, y France Telecom España SA.

b) Acuerdo de colaboración suscrito el 14 de noviembre de 2008, para la comercialización de Digital + y ADLS + y llamadas de Vodafone, entre Canal Satélite Digital SL, DTS Distribuidora de Televisión Digital SA y Vodafone España SAU.

4. El 16 de junio de 2009, Prisa, presentó los compromisos pertinentes a todas las contrapartes. En lo que respecta a Telefónica, que los aceptó el 23 de junio de 2009, consistían en los siguientes extremos:

a) Resolución del Acuerdo Telefónica-Prisa, en lo relativo a la adquisición de contenidos para Imagenio.

b) Reforzamiento de la libertad de actuación de ambas entidades en la fijación de precios de sus respectivos productos y la política de remuneración o incentivos del equipo comercial de Trío +.

c) Proporcionar a la DI un mecanismo de vigilancia de los compromisos anteriores, mediante la remisión de información semestral durante la vigencia de los acuerdos respecto de los siguientes extremos:

-Altas de Digital + obtenidas a través de Trío +



-Comisiones por alta nueva abonadas por Prisa a Telefónica y viceversa.

- Importe de los gastos específicos de publicidad, promoción y marketing de Trío + desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo.

5. El 15 de marzo de 2010 ambas partes firmaron un nuevo contrato a la luz de los referidos compromisos, dejando sin efecto el primer Acuerdo suscrito entre ambas el 27 de junio de 2007.

La resolución de terminación convencional de 28 de enero de 2010, estableció, en relación con las condiciones de cumplimiento, lo siguiente:

a) En su FJ 3: Señala que deben priorizarse los principios generales sustantivos desde los compromisos sobre las particularidades pormenorizadas en los contratos que deberán suscribir las partes, cuya redacción final necesitará en todo caso de la autorización de la DI, sin que el seguimiento de los mismos quede al discernimiento de las partes

Los principios generales sustantivos que regulan los compromisos pueden resumirse en los siguientes:

-Informar a la DI, de forma permanente, sobre los costes de comercialización de los productos de cada parte.

-Versando la resolución del expediente sobre los compromisos aportados, cualquier cambio en las circunstancias del mercado llevará a su reconsideración en los términos en los que la DI estime procedente.

b) En su FJ 4, dando respuesta a las alegaciones del operador ONO, se indica que:

-Del texto literal de los acuerdos de comercialización conjunta y de los compromisos adquiridos por Prisa y Telefónica, no puede deducirse que sea posible la realización de promociones exclusivas para la contratación de productos conjuntos sin posibilitar la adquisición de cada producto por separado y a un precio que no sea distinto del de la suma individual de los distintos productos, por lo que no es necesario ningún compromiso al efecto.

-Tampoco estima necesario la introducción de un compromiso que obligue a contener en la publicidad de los productos, la cláusula expresa de que cada uno podrá adquirirse por separado y por el mismo precio, dado que un consumidor mínimamente informado es consciente de dicha posibilidad.

6. En el seno del expediente de vigilancia VATC/0020 "Trío Plus", la Dirección de Investigación (DI) emitió el 23 de abril de 2010, un primer informe parcial de vigilancia en el que exponía, en relación exclusivamente con Telefónica, que existían dudas respecto de la forma de cumplimiento de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010. No obstante, la DI no realizó propuesta alguna al Consejo.

7. El 16 de junio de 2011, la DI elevó al Consejo un segundo informe de vigilancia al amparo de los artículos 41.2 y 42.4 de la Ley 15/2007 de 3 de junio de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), en el que formula una propuesta de incumplimiento de la Resolución de 28 de enero de 2010, que imputa a las recurrentes haber incumplido la filosofía de la resolución de 28 de enero de 2010. En concreto, se indica que la comercialización conjunta de del paquete de Digital +, denominado Digital +, mini en el marco del acuerdo comercial con Telefónica y su publicitación, en el sentido de que puede acceder al mismo con Trío +, no es compatible con la resolución de 28 de enero de 2010.

8. Las recurrentes comunicaron a la CNC el 7 de octubre de 2011, que habían dejado de ofrecer a Telefónica la posibilidad de comercializar el paquete Digital + mini a nuevos clientes a través de Trío +, en febrero de 2011, por lo que estiman cumplida la obligación de cese impuesta por la resolución de 15 de septiembre de 2011.

TERCERO.- La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Interpretación extensiva y arbitraria por la CNC de su propia Resolución de 28 de enero de 2010.

a) Estima, con invocación de la doctrina del TC, que no se han respetado las exigencias del principio de tipicidad, pues el artículo 64.2 LDC es un tipo sancionador en blanco, que debe ser concretado con los términos precisos establecidos en la Resolución cuyo incumplimiento se denuncia, es decir, deberán, lo que no ha ocurrido en este caso, identificarse exactamente las obligaciones y compromisos vinculantes establecidos en una precisa resolución, cuyo incumplimiento se denuncia.

c) El incumplimiento imputado a las recurrentes, es consecuencia de una interpretación extensiva y arbitraria del contenido de la resolución de terminación convencional por parte de la CNC, ya que para justificar su forma de proceder, apela de forma vaga y genérica a la violación de determinados principios inspiradores de la resolución de 28 de enero de 2010, plasmados en el cuerpo de la misma.

Ninguno de los concretos compromisos asumidos por las recurrentes, ni de los principios generales sustantivos de los compromisos referidos en el FJ 3 de la resolución de 28 de enero de 2010, imponía a las



recurrentes la obligación de tener que comercializar de forma activa y por separado el paquete Digital + mini por el mero hecho de que se incluyera en Trío +.

La CNC deduce del cuerpo de su resolución de 28 de enero de 2010, nuevas obligaciones para las recurrentes, que en ningún momento fueron previamente explicitadas, para justificar de ese modo la prohibición descrita, lo que acarrea la imputación de las recurrentes en un ulterior procedimiento sancionador por falta muy grave, al tiempo que se ve sometida al pago de multas coercitivas.

Por todo ello concluye afirmando que la resolución impugnada vulnera el artículo 25.1 CE, y los principios de tipicidad y seguridad jurídica.

2. En cualquier caso, la comercialización de Digital + mini fue de forma directa e individual.

3. No concurre, además, elemento subjetivo alguno del tipo.

4. Dicha comercialización del producto Digital + mini en el marco de Trío +, no tiene aptitud para distorsionar la libre competencia:

En desarrollo de estos argumentos expone que en caso de aceptarse la lógica de la resolución recurrida, procede examinar de forma integrada todos los principios de la resolución de 28 de enero de 2010, cuyo objetivo esencial era la eliminación de los efectos restrictivos de la competencia:

- No todo acuerdo de comercialización conjunto es contrario al artículo 1.1 de la LDC. La posibilidad de poder adquirir conjunta o separadamente determinados servicios conjuntos, sólo será relevante para la defensa de la competencia, cuando dicho acuerdo afecte a las condiciones del mercado.

- La resolución de 28 de enero de 2010, en su FJ 1º, siguiendo la propuesta de la DI en el pliego de concreción de hechos, analizó los posibles efectos restrictivos de la conducta objeto del expediente sancionador y los concretó en los siguientes extremos: el acuerdo de comercialización denunciado puede favorecer la coordinación de precios en televisión de pago entre las recurrentes y Telefónica, al eliminar una importante fuente de diferenciación entre ambos, el triple pay, dando a sus respectivos clientes un acceso privilegiado, frente a los clientes de la contraparte. Destaca que las compañías implicadas se fijaron como objetivo en su contrato, alcanzar en 2010 la cifra de 682.000 clientes de Trío +, lo que representa aproximadamente el 17% de los clientes de televisión de pago en España en 2007.

- Las recurrentes presentaron sus compromisos para tratar de eliminar las trabas significadas por la DI, y éstos fueron aceptados por la CNC. La introducción de una cláusula en el contrato de 15 de marzo de 2010 suscrito entre las recurrentes y Telefónica, en el sentido de que el producto DUO y la oferta de televisión satélite Digital + continuarían siendo servicios independientes y disponibles en los respectivos catálogos de las partes, no forma parte de los compromisos presentados a la DI, ya que se introdujo voluntariamente por las partes y con efectos entre las mismas.

- La conducta impuesta por la CNC, no deriva de los compromisos explícitos ni de los principios sustantivos incorporados en el FJ 3 de la resolución recurrida, sino de unos vagos principios generales que reflejan la conclusión del estudio de una cuestión más amplia

La comercialización de Digital + mini en el marco de Trío + no tiene aptitud para distorsionar la competencia, por lo que no puede constituir un incumplimiento de la resolución de 28 de enero de 2010:

- La decisión de las recurrentes de ofrecer sólo el paquete Digital + mini obedecía a una estrategia de retener clientes que podían abandonar la suscripción completa por razones económicas, y responde a una práctica lícita y lógica desde el punto de vista comercial y de costes.

- La posibilidad de incorporar el paquete Digital + mini a sus respectivos paquetes, fue ofertada a todos los operadores de telecomunicaciones y sólo Telefónica aceptó incorporarlo a su oferta Trío +.

-La explicación de lo anterior reside en que, la comercialización del paquete Digital + mini no es atractiva y no es apta para distorsionar la libre competencia, pues incorpora canales básicos, con acceso limitado a contenidos Premium. La DI en el párrafo 53 de los antecedentes del informe de vigilancia hizo constar que la relevancia de dicho paquete es inferior al 1,5% del total de abonados de Digital + y que el 7,2% del total de abonados al paquete Digital + mini, proceden de contrataciones realizadas a través de Trío +.

El número de abonados a Digital + mini, el 26 de abril de 2010, era de 1900 y se redujo a 855 en febrero de 2011, muy escasa para distorsionar la libre competencia.

- Todos los consumidores interesados en acceder sólo al producto televisión de pago, tienen numerosas opciones ofrecidas por Digital + y los demás operadores del mercado.



CUARTO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella en términos semejantes a los expuestos en el recurso **504/2011**, considerando que el paquete audiovisual Digital mini + debe verse sometido al mismo régimen de comercialización que el paquete Digital +, y por lo tanto afectado por los compromisos suscritos por la recurrente y aprobados por la CNC. Que sustancialmente el paquete Digital + y Digital + mini son idénticos, pues la única diferencia es la de que, el segundo, incorpora menos canales por lo que a ambos debe aplicarse con la misma intensidad la resolución de 28 de enero de 2010, y con los compromisos de la misma deben hacerse efectivos en todos los casos particulares, como ocurre con el género Digital +.

Que resulta irrelevante a los efectos de constatar el incumplimiento, que los otros operadores de telecomunicaciones rechazaran la comercialización de Digital mini +, pues, como manifestó la DI, la alianza exclusiva con Telefónica, constituye una realidad comercial y no de orden jurídico. La comercialización del paquete Digital + mini, a nuevos clientes, exclusivamente a través del canal Trío +, constituye un incumplimiento de la resolución de 28 de enero de 2010:

Tal y como señaló la DI, el paquete Digital + mini, no se comercializa de forma aislada para captar nuevos clientes, sino que es utilizado por las recurrentes para retener a sus propios abonados, con independencia de que hayan contratado Trío +. Por ello, la única opción de un particular no abonado a Digital + mini para acceder a este producto, es a través de la contratación conjunta de Trío +. El FJ 4 de la resolución de 28 de enero de 2010, establece como principio general que los productos comercializados conjuntamente en Trío + deben poder ser adquiridos de forma individual y que el precio del producto conjunto, debe ser igual a la suma de los productos individualmente considerados.

Por otro lado, a los efectos de declarar la existencia del incumplimiento, resulta irrelevante el hecho de que la comercialización del paquete Digital + mini, tenga escaso impacto en el mercado.

Estos constituyen en esencia, los fundamentos de la demandada y resolución impugnada.

QUINTO.- La cuestión central que se plantea en las presentes actuaciones, concierne, esencialmente, a la primera de las decisiones mencionadas en el punto anterior, esto es, la adecuación con la Resolución de 28 de enero de 2010 del Consejo de la CNC, de la conducta seguida por las recurrentes, consistente en la comercialización del denominado paquete "Digital + mini" a nuevos clientes, únicamente a través del canal Trío +.

Conviene tener en cuenta lo que indicamos en la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2013, recurso 504/11 cuando decíamos:

"El incumplimiento declarado por la CNC se refiere, no obstante, a una eventual violación de la filosofía que inspira la resolución, pues estima que de los compromisos adquiridos por Prisa y Telefónica, no puede deducirse que sea posible la realización de promociones exclusivas para la contratación de productos conjuntos, sin posibilitar la adquisición de cada producto por separado y a un precio que no sea distinto del de la suma individual de los distintos productos..."

Y en el fundamento jurídico séptimo:

"La conclusión a la que llegamos, es la de que la CNC en la resolución que es objeto del presente recurso, no respetó el principio de seguridad jurídica, pues si estimaba que existía por parte de las recurrentes un incumplimiento de la resolución de 28 de enero de 2010, debió justificarlo de manera muy precisa, y no acudir para ello a expresiones vagas, como la filosofía o principios inspiradores de la previa resolución de terminación convencional del expediente sancionador, máxime cuando es un hecho indiscutido que las recurrentes habían dado puntual cumplimiento, no sólo a las tres concretas condiciones que se habían impuesto en la resolución de terminación convencional de 28 de enero de 2010, sino también a los dos principios generales sustantivos que inspiran los compromisos.

La consecuencia de ello es la estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada, en la medida en que declara el incumplimiento por parte de las recurrentes de la resolución de 28 de enero de 2010, con las consecuencias inherentes a tal declaración"

Lo cierto es que del expediente sancionador incoado no se deducen nuevos argumentos ni datos que justifiquen el incumplimiento de las recurrentes de la resolución de 28 de enero de 2010 de forma clara y meridiana, en cuanto a las obligaciones que expresamente se indicaban e incumbían a las partes afectadas.

Por consiguiente, si la CNC consideraba que no podía la recurrente comercializar conjuntamente contenidos televisivos de Digital + asociados a TRIO + garantizando la disponibilidad de su adquisición individualizada para nuevos clientes y pretendía sancionar a la recurrente por ello, debió recoger de forma expresa y taxativa



tales obligaciones, lo que no ha acontecido en el expediente de vigilancia incoado, y así lo pusimos de relieve en la sentencia citada de 23 de diciembre de 2.013 .

La estimación del recurso por este motivo conlleva la anulación de la resolución sancionadora, y hace innecesario que nos pronunciemos sobre los restantes motivos de impugnación desarrollados en la demanda.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , no se aprecian razones singulares para realizar una expresa condena en costas, al haberse suscitado cuestiones de derecho relevantes conforme a lo expresado en el citado precepto.

Vistos.- los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos la resolución impugnada en autos y expresada en el fundamento de derecho primero. Sin costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma **no cabe recurso ordinario** alguno, por lo que resulta firme, llevándose testimonio de la misma a los autos principales. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.