

RESOLUCIÓN (Expt 2802/07, Intereconomía/Sogecable)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 30 de junio de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero Ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente resolución en el expediente iniciado por denuncia de D. J.M.D.Q., en nombre y representación de Intereconomía Corporación S.A., contra Sogecable, S.A., por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (actual artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), mediante la negativa de prórroga del contrato entre dichas partes, de 22 de junio de 2005, para el suministro de servicios de plataforma de televisión de pago al canal de televisión Intereconomía TV.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 25 de julio de 2007, tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (actual Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, en adelante DI) un escrito de Intereconomía Corporación S.A. (Intereconomía), por el que denunciaba a Sogecable, S.A. (Sogecable), por infracción de la normativa de defensa de la competencia mediante la negativa de prórroga del contrato entre dichas partes de 22 de junio de 2005, para el suministro de servicios de plataforma de televisión de pago al canal de televisión Intereconomía TV. La DI asignó a la citada denuncia, con fecha 26 de julio de 2007, el número de expediente 2802/07.

2. El 1 de septiembre de 2007, entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que deroga la Ley 16/1989, de 17 de julio, y crea la Comisión Nacional de Competencia.

3. Tras una dilatada información reservada, el 5 de junio de 2008, la DI remitió propuesta al Consejo de la Comisión de Defensa de la Competencia (CNC) de “no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de la actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por D. J.M.D.Q., en nombre y representación de Intereconomía Corporación S.A. contra Sogecable, S.A.”.

La labor previa realizada por la DI le ha permitido considerar como hechos acreditados:

1. Que el referido contrato se había firmado en el marco de la aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros (ACM) de 29 de noviembre de 2002, por el que se aprobó con condiciones la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. en Sogecable. Las condiciones consistían en que se obligaba a Sogecable hasta el 29 de noviembre de 2007 a prestar, en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias, servicios de plataforma de televisión de pago a los canales de televisión informativos que así lo solicitasen.

2. La representación de Intereconomía comunicó a la DI que la práctica denunciada no guardaba relación con el incumplimiento de las condiciones establecidas en el citado Acuerdo del Consejo de Ministros. En particular, la denuncia de Intereconomía se concretaba en la negativa unilateral injustificada por parte de Sogecable, según escrito de 15 de junio de 2007 (ya el 16 de abril de 2006 había anunciado esa negativa a prorrogarlo más allá del 22 de junio de 2007), de prorrogar más allá del 29 de noviembre de 2007 el contrato para el suministro de servicios de plataforma de televisión de pago celebrado el 22 de junio de 2005, cuya vigencia era de un año, prorrogable tácitamente por sucesivos años, salvo preaviso con una antelación de 60 días antes de su vencimiento.

3. El Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó un auto de medidas cautelares en el marco de la demanda de Intereconomía por el que se obligaba a

Sogecable a seguirle prestando servicios de plataforma conforme a las condiciones recogidas en el contrato de 22 de junio de 2005. Por ello, actualmente Intereconomía TV sigue emitiendo a través de la plataforma de televisión de pago de Digital+.

4. Intereconomía TV se sigue emitiendo además a través de las plataformas de “Imagenio, ONO, Euskaltel, Telecable Asturias y R Cable, del servicio de televisión por móvil de Movistar, de la página web de Intereconomía, y a través de concesiones de televisión digital terrestre (TDT) en la Comunidad de Madrid, Alcoy, Elda, Orihuela y Sagunto, y desde el 01 de abril de 2008, a través de un canal de TDT de cobertura nacional gestionado por NET TV”.

La CMT cifraba a fecha 31 de diciembre de 2007 que el número de abonados a televisión de pago en conjunto de Imagenio, ONO, Euskaltel, Telecable Asturias y R Cable era de 1.738.281 y los de Sogecable de 2.065.000 abonados (54,2% total). Por otra parte, el Estudio General de Medios, cifraba en marzo de 2008 en el 31,8% el número de hogares que sintonizan la TDT en España.

Un estudio interno de Intereconomía (folios 76 a 81), a diciembre de 2006, situaba a Intereconomía TV en el puesto 43 del ranking de canales más vistos de Digital+. Asimismo, su audiencia representaba el 0,05% de la de Digital+ en diciembre de 2006, “siendo los contactos medios con el canal inferiores a los 1.000 hogares durante gran parte del día, salvo una punta entre las 20.30 y las 00:30 horas, en las que se alcanza un máximo de contactos de 8.000 hogares (media periodo septiembre 2006-diciembre 2006)”. Por otra parte, según Intereconomía, sus ingresos de publicidad en Intereconomía TV fueron de 6.471.000 euros en 2007 (la CMT, en 2007 cuantifica el total de ingresos publicitarios de la televisión en España en 3.140 millones de euros, que casi en su totalidad se obtienen a través de las emisiones de televisión en abierto, cifrando en 2006 los ingresos de publicidad de la televisión de pago aproximadamente en el 1% del total).

El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de de 12 de junio de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El artículo 49.3 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de conductas prohibidas en los artículos 2 de la Ley y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y, en consecuencia el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC.
2. El artículo 2 de la Ley 15/2007 establece que: *“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. [...]”*

Por su parte, el artículo 82 del TCE establece que: *“[...] Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. [...]”*.

3. La Dirección de Investigación que hace su propuesta de archivo después de considerar los mercados relevantes, deduce que Sogecable no dispone de una posición de dominio en el mercado de servicios de plataforma de televisión en España, a pesar de que en 2007 tuvo una cuota de mercado del 54,2% en términos de abonados dentro de la televisión de pago, ya que Intereconomía TV tiene otras alternativas de emisión (Imagenio, ONO, TDT de ámbito local y nacional, etc.), cuya cobertura de hogares es superior a la de Digital +. Estima que su conclusión se ve reforzada si se tiene en cuenta que la audiencia específica obtenida por

Intereconomía TV a través de Digital+ es muy reducida (sus puntas de audiencia en diciembre de 2006 no superan los 8.000 hogares conectados, y se estima su audiencia en dicho mes es del 0,05% dentro de Digital+ (puesto 43 de los canales de Digital+ más vistos). Adicionalmente, señala que la capacidad de los canales temáticos para atraer publicidad a través de sus emisiones en plataformas de televisión de pago es muy escasa, dada su reducida penetración. Por estas razones, considera que la negativa de Sogecable a renovar su contrato de 22 de junio de 2005 con Intereconomía no constituye una infracción de la normativa de la competencia, sin necesidad de entrar a valorar si dicha negativa puede suponer una explotación abusiva.

4. El Acuerdo Consejo de Ministros (ACM) del 29 de noviembre de 2002 que autorizó la operación de concentración económica C 74/02 Sogecable/Vía Digital, impuso la obligación a Sogecable de prestar, en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias, servicio de plataforma de televisión de pago a los canales de televisión informativos, condiciones cuya vigencia expiraron el 29 de noviembre de 2007.
5. Sin perjuicio del análisis de la DI, este Consejo quiere poner de manifiesto que, dadas las circunstancias que concurren en el presente caso, la conducta de Sogecable no reúne los requisitos para calificarse de abusiva. En primer lugar, el ACM impuso a Sogecable como obligación, entre otras, prestar servicios de plataforma de televisión de pago a los canales de televisión informativos que así lo solicitasen. La obligación impuesta tiene por su propia naturaleza un carácter excepcional y transitorio. Excepcional, porque, en ausencia de regulación, los operadores económicos no tienen necesariamente que asegurar el suministro de un servicio a terceros. Transitoria, porque la intervención se justifica por la intención de asegurar el servicio de plataforma en condiciones competitivas en tanto en cuanto se daba un margen de tiempo para el desarrollo de otras plataformas tecnológicas atendiendo al principio de proporcionalidad. El hecho de que se limite explícitamente en el ACM la duración de la obligación impuesta pone de manifiesto que la obligación de dar el servicio que recae en Sogecable no puede interpretarse como indefinida.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que no toda negativa a proveer un servicio debe presumirse abusiva, incluso si se produce desde una posición de dominio. Deben concurrir ciertos requisitos cumulativos, en particular, que el operador que niega el acceso al bien o servicio tenga una posición de dominio sobre el mismo, que dicho bien o servicio sea esencial para competir en un mercado

estrechamente relacionado sin que existan sustitutivos y que la negativa de suministro obedezca al propósito del operador dominante de extender su poder al mercado adyacente. En el presente caso, tales circunstancias no se reúnen. Los datos aportados por la DI ponen de manifiesto que el denunciante dispone de otras alternativas para la exhibición de su canal que de hecho están siendo empleadas. Por otro lado, nada en los hechos que se acreditan sugiere que con su conducta Sogecable persiga la expulsión de un competidor con el fin de reforzar su poder de mercado. En consecuencia, el Consejo no considera acreditado que haya indicios de haberse producido infracción de los artículos 2 de la Ley y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

RESUELVE

ÚNICO.– No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia como consecuencia de la denuncia presentada por D. J.M.D.Q., en nombre y representación de Intereconomía Corporación S.A. contra Sogecable, S.A., por considerar que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese al denunciante, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.