

RESOLUCIÓN (Expte. R 606/04, Telecomunicaciones Castilla-León 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 18 de enero de 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 606/04 (2.241/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por Canal Burgos S.A. (CANAL BURGOS) contra el Acuerdo del Servicio de 26 de enero de 2004 de sobreseimiento del expediente abierto por denuncia de dicha empresa contra la Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León S.A. (RETECAL) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en limitar la distribución de la señal de su canal de televisión que se difunde por ondas terrestres.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de enero de 2001 tuvo entrada en el Servicio un escrito de D. Juan Antonio Gallego Cantero, en representación de CANAL BURGOS, en el que se formulaba denuncia contra la empresa RETECAL, por supuestas conductas prohibidas por la LDC.

Según la denuncia, RETECAL, que es la empresa encargada de la instalación de las telecomunicaciones por cable en Castilla y León y para llevar a cabo la instalación de su sistema de televisión, realiza alteraciones en las instalaciones de televisión de los domicilios de sus abonados, con las que excluye e impide a los ciudadanos la visión de otros canales que anteriormente eran recibidos con normalidad por la antena colectiva de la

comunidad en que se instala. Entre los canales excluidos se encuentra CANAL 54 TV, propiedad de la denunciante.

Dichas alteraciones se llevan a cabo mediante alguna de estas dos prácticas:

- 1ª.- Sustitución de la clavija existente en los domicilios, instalada por el constructor de la vivienda, por otra que sólo sirve para conectarse con el correspondiente aparato que da servicio a quienes se abonen a RETECAL.
- 2ª.- Inutilización de la red de televisión comunitaria tradicional (por ondas) impidiendo su acceso desde el domicilio que ha contratado RETECAL, al cortar el cable que comunica con la antena comunitaria e inutilizar la instalación para su señal a través del cable.

Por otra parte, los servicios de televisión por cable que ofrece RETECAL consisten en un conjunto de programas en el que, inicialmente, y hasta el 1 de noviembre de 2000, estaba incluido Canal 54 TV, propiedad de la empresa denunciante; esa inclusión se realizaba sin que hubiera mediado autorización ni comunicación entre las dos empresas.

2. Con fecha 31 de octubre de 2001, el Servicio acordó el archivo de las actuaciones contenidas en el expte. 2.241/01, que tuvieron su origen en la denuncia formulada por D. Juan Antonio Gallego Cantero, en representación de la empresa CANAL BURGOS, contra RETECAL.
3. Con fecha 23 de noviembre de 2001, D. Juan Antonio Gallego Cantero, en representación de CANAL BURGOS, presentó recurso ante el Tribunal.
4. El 20 de enero de 2003 el Tribunal dictó Resolución en la que decidió lo siguiente, tras establecer que “el objeto fundamental de la denuncia no ha sido objeto de una investigación suficiente”:

“Primero.- Estimar el recurso interpuesto por CANAL BURGOS S.A. contra el Acuerdo de 31 de octubre de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra RETECAL, SOCIEDAD OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES DE CASTILLA Y LEÓN S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

Segundo.- *Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos.”*

5. En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en dicha Resolución, el Servicio acordó el 31 de enero de 2003 la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador.
6. Con fecha de 28 de abril de 2003, el Servicio acordó el cambio de instructor mediante Providencia del Director General.
7. Tras la tramitación correspondiente, el 26 de enero de 2004 el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente, fundamentalmente, por las razones que seguidamente se resumen:

RETECAL forma parte, junto con TELECABLE ASTURIAS, EUSKALTEL, TENARIA RIOJA Y NAVARRA Y R DE GALICIA, de la Asociación de Operadores de Cable (AOC) que dispone de una cuota de mercado inferior al 5%. En estas circunstancias se puede asegurar que RETECAL no dispone de posición de dominio en el mercado de referencia, que ha sido definido tanto por el Tribunal (Informe C 74/02, Sogecable/Vía Digital), como por la Comisión Europea (Decisión 781/1999, de 15 de septiembre, British Interactive Broadcasting -BIB-) como un mercado de producto separado -el de la televisión de pago-, de ámbito nacional y, por tanto, que ninguna conducta suya puede calificarse de abusiva. En consecuencia, el Servicio estima que no es de aplicación el artículo 6 de la LDC y que la prohibición del artículo 1 LDC está fuera de toda consideración puesto que en la denuncia no hay referencia alguna a acuerdos o prácticas concertadas que afecten a la libre competencia.

Por otra parte, el Servicio concluye su propuesta de sobreseimiento señalando que, de acuerdo con los datos disponibles en el expediente, la alteración completa o parcialmente irreversible de la instalación analógica debido a la necesidad de suministrar la señal procedente del cable a los domicilios que lo hubiesen solicitado solamente se habría producido en tres casos concretos, sin que la parte denunciante haya proporcionado información adicional respecto de otros clientes de RETECAL que hubiesen podido verse perjudicados por una actuación de iguales o de parecidas características. Estas situaciones particulares conciernen a una proporción cuantitativa y cualitativamente poco representativa del grupo de demandantes antiguos o actuales de servicios de televisión por cable, por lo que no es posible concluir que los hechos puestos en conocimiento del Servicio sean la manifestación de una práctica llevada a cabo por parte de

RETECAL de forma general y sistemática en el mercado de suministro de servicios a través del cable. Asimismo, el reconocimiento expreso efectuado por RETECAL de que en circunstancias excepcionales la instalación del cable se realiza de forma distinta a la habitual con el propósito de resolver determinados problemas técnicos explica la aparición de un reducido número de casos de este tipo. Además, la obligación que tiene RETECAL de obtener el permiso de instalación y de paso para intervenir en cada instalación particular asegura que el cliente tenga que prestar su consentimiento, previamente informado, para que se modifique su instalación, de tal forma que se conozcan de antemano todas las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la actuación de RETECAL en este campo. En este sentido, las referencias incorporadas al expediente acerca del hecho de que dicha empresa no ha respetado esta obligación en cada uno de los tres casos considerados no han podido ser demostradas documentalmente o por otro medio. En todo caso, estos hechos, de ser ciertos, no pertenecerían al ámbito de aplicación de la legislación de defensa de la competencia y escaparían al ejercicio de aquellas competencias que le son atribuidas al Servicio por la legislación vigente.

8. El 16 de febrero de 2004 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de recurso contra el mencionado Acuerdo de sobreseimiento que había sido presentado en la Subdelegación del Gobierno en Burgos el día 11 de dicho mes y año, habiéndose enviado por fax al Servicio el día anterior.

Dicho escrito de recurso, que figura en los folios 1 al 9 del expediente del Tribunal, concluye solicitando se condene a RETECAL, fijándose las pertinentes sanciones, así como las indemnizaciones que a CANAL BURGOS puedan corresponder, que dice son de imposible cuantificación hasta que no cesen las prácticas prohibidas.

9. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 48.1 LDC, mediante escrito de 16 de febrero de 2004, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del expediente, así como su informe sobre el presente recurso.
10. El 17 de febrero de 2004 se recibió en el Tribunal el informe del Servicio, así como las actuaciones seguidas que se resumen en el Acuerdo de sobreseimiento de 26 de enero de 2004 que figura en los folios 447 al 466.

En el informe el Servicio señala que el recurso fue presentado en plazo, que las alegaciones expuestas no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo de sobreseimiento -que ya se habían

presentado a la propuesta de dicho sobreseimiento- y que, en consecuencia, entiende que se debe desestimar el recurso.

11. Según lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, el Tribunal, con fecha 25 de febrero de 2004, ordenó la puesta de manifiesto del expediente a los interesados y dio plazo para la formulación de alegaciones.
12. El 1 de abril de 2004 se recibió en el Tribunal un escrito de RETECAL, acompañando otro devuelto por Correos de fecha 23 de marzo y el correspondiente justificante del envío certificado que figura en el expediente del Tribunal en los folios 37 a 40.
13. Con fecha 6 de mayo de 2004 tuvo entrada en el Tribunal un escrito de CANAL BURGOS S.A., de fecha 19 de marzo, presentado en la Subdelegación del Gobierno en Burgos el día 28 de abril de 2004, ratificándose en sus alegaciones y destacando que es “lesiva la tardanza en la resolución de este caso, lo que sin duda beneficia las conductas de los grandes grupos de comunicación y consolida la táctica del rodillo...”.
14. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión de 12 de enero de 2005.
15. Son interesados:
 - Canal Burgos S.A.
 - Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León S.A. (RETECAL).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión que hay que resolver en el presente recurso es la de determinar si el Servicio analizó de forma suficiente y acertada en Derecho la denuncia presentada por CANAL BURGOS, ahora recurrente, contra la empresa RETECAL por realizar alteraciones al instalar la televisión por cable en los domicilios de sus abonados con las que les impide la recepción de la señal de su canal que, con anterioridad a la contratación de la televisión por cable, era recibida normalmente, lo que supone lesionar el interés público y el suyo propio. Todo ello, como resultado de la segunda instrucción del expediente llevada a cabo por el Servicio en cumplimiento de lo interesado por el Tribunal, en su Resolución de 20 de enero de 2003, que estimó otro recurso de la ahora recurrente en el

expediente r 505/01, Telecomunicaciones Castilla-León, según se recoge en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución.

El Servicio, tras realizar la nueva instrucción interesada por el Tribunal, acordó el sobreseimiento del expediente por haber llegado a la conclusión, por un lado, de que los hechos considerados en el mismo no guardan relación alguna con el contenido del artículo 1 LDC, puesto que la denuncia no se refiere a ningún tipo de acuerdo o de práctica concertada que afecte a la competencia, sino que se dirige contra un único agente económico que actúa individualmente y que es el único denunciado. Por otro lado, el Servicio entendió que tampoco resulta aplicable el artículo 6 LDC por las razones que se resumen en el Antecedente de Hecho 7 y que, en síntesis, se basan en que no puede haber abuso de posición de dominio porque el denunciado no tiene posición dominadora alguna en el mercado de referencia que es el de la televisión de pago, como un mercado diferenciado, y de ámbito nacional, del mercado de la televisión en abierto.

La recurrente alega, por el contrario, que ha existido por parte del Servicio una predeterminación de la resolución generadora de indefensión pues señala que no ha habido intención de buscar la verdad de los hechos denunciados, que se comprueban por el testimonio de tres ciudadanos independientes entre sí, conductas que han venido a ser reconocidas por la denunciada, si bien enmarcándolas en un contexto distinto por medio de ocultar los datos de perjudicados para desvirtuar la trascendencia de la denuncia, que entiende que sí perjudicó a la competencia por el sistema de instalación adoptado por RETECAL que resultaba perjudicial, lesivo y excluyente para los operadores en abierto, “bien de manera puntual, accidental o habitual”.

2. Ante todo, el Tribunal ha de rechazar la alegación de la recurrente de que el Servicio ha generado su indefensión mediante un predeterminado Acuerdo de sobreseimiento al negarse a investigar si hubo otras alteraciones de diferentes usuarios a los que se realizaron instalaciones excepcionales.

En efecto, el Tribunal considera que la doctrina a este respecto del Tribunal Constitucional se ha referido desde antiguo al concepto de indefensión material y no meramente formal, por lo que, en ausencia de que la denunciante hubiera aportado información adicional sobre otros clientes de RETECAL, el Servicio la intentó obtener mediante el cuestionario enviado a los tres usuarios perjudicados el 5 de febrero de 2003 y, concretamente, con la última de sus preguntas, tratando de

averiguar si hubo otros abonados de RETECAL que fueran objeto de la misma práctica, requerimiento de información que fue reiterado hasta obtener su cumplimiento. Sin embargo, tras la conclusión a la que llega el Servicio de que la información suministrada por los tres clientes de RETECAL no puede considerarse completamente acreditada porque no se aporta indicio fidedigno alguno que pudiera utilizarse para complementar lo manifestado en sus declaraciones, el Tribunal entiende que no se ha producido ninguna privación efectiva del derecho de defensa.

3. Procede ya analizar si el Servicio investigó de forma suficiente los hechos denunciados, como había interesado el Tribunal en su anterior Resolución, es decir, si RETECAL había actuado abusivamente al utilizar la instalación de la televisión por cable a sus clientes con el fin de modificar la instalación preexistente de televisión en abierto recibida por la antena de la comunidad, eliminando definitivamente la posibilidad de elegir entre la recepción de la señal por cable y por la antena convencional.

Tras la segunda instrucción del expediente llevada a cabo por el Servicio, el Tribunal no tiene nada que objetar al análisis y valoración que realiza dicho Servicio en el Acuerdo de sobreseimiento que se fundamenta, principalmente, en el hecho ya señalado de que ambas empresas actúan en mercados distintos y que RETECAL no dispone de posición dominadora en el mercado de referencia, que ha sido definido tanto por el Tribunal como por la Comisión Europea como un mercado de producto separado y de ámbito nacional, el de la televisión de pago, sin que ninguna conducta suya en el mismo pueda calificarse, por lo tanto, de abusiva de posición de dominio.

Es más, el Tribunal constata que, incluso al margen de cuál sea el mercado relevante en el que se produce la conducta denunciada, los tres casos concretos estudiados conciernen a una proporción cuantitativa y cualitativamente poco representativa del conjunto de clientes de RETECAL, por lo que, como señala el Servicio, no cabe concluir que los hechos denunciados correspondan a una forma de actuar sistemática y general, sino que pertenecen a los casos en que, por concurrir circunstancias excepcionales, la instalación del cable se ha de realizar de forma distinta a la habitual para resolver determinados problemas técnicos en su tendido. Pero que la obligación de RETECAL de obtener del cliente el permiso para intervenir en cada instalación preexistente, asegura que éste tenga que otorgar previamente su consentimiento, excluyendo, así, la posibilidad de abuso.

En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que la conducta denunciada no podía calificarse objetivamente como abusiva y que tampoco podía presumirse que existiera la intención de excluir a ningún tipo de posibles competidores por unos hechos que no ha podido determinarse que tuvieran esta finalidad con la claridad exigida por el Derecho de la Competencia.

4. Por cuanto antecede, el Tribunal considera que el Servicio, en su segunda instrucción, analizó de forma plenamente suficiente y acertada en Derecho la denuncia de la empresa ahora recurrente, por lo que procede desestimar el presente recurso y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento de 26 de enero de 2004.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por la Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León S.A. (RETECAL) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 26 de enero de 2004, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que podrá interponerse en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación.