

RESOLUCIÓN (Expte. R 157/96 Cablevisión 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Fernández López, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 14 de noviembre de 1996

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 157/96 (1318/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Jerez de Cable S.L. y Santander de Cable S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 8 de marzo de 1996, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra Telefónica de España S.A., Sociedad de Televisión Canal Plus S.A. (hoy Sogecable S.A.) y Cablevisión S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 14 de diciembre de 1995 tiene entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de la procuradora Doña María Gamazo Trueba, en nombre de Jerez de Cable S.L. y Santander de Cable S.A. en el que solicita la apertura , a instancia de parte interesada, del procedimiento del Art. 36.1 LDC contra Telefónica de España s.A., por la actividad que está realizando esta compañía, por sí o por medio de sus filiales, en orden a la prestación del servicio de televisión local por cable; así como por su contrato con la Sociedad de Televisión Canal Plus S.A. respecto del mismo servicio; incluyendo también en la denuncia a Cablevisión y demás sociedades filiales que puedan haberse creado para la misma finalidad. Las conductas denunciadas constituyen infracción de los Arts. 6 y 1.1 LDC.

2. El 8 de marzo de 1996 el Servicio archiva la denuncia, archivo que es recurrido por las denunciantes el 22 de marzo de 1996. En el recurso solicitan: que se declare la nulidad de la resolución impugnada; que la prestación por Telefónica del servicio de televisión por cable constituye un abuso de posición dominante; que se ordene a Telefónica, como medida cautelar, el cese de estas prácticas; que se reciba el recurso a prueba, la cual habría de versar sobre la actividad que Telefónica ha llevado y lleva a cabo en la televisión local por cable; y que se les dé vista para alegaciones.
3. El Tribunal solicita el preceptivo informe del Servicio, que se ratifica en el archivo, y da vista del expediente para alegaciones. Dentro del plazo prorrogado se reciben las de las denunciantes quienes, después de examinar el Informe del Servicio, amplían su escrito de recurso, y las de las denunciadas Telefónica y Canal Plus (que manifiesta haber cambiado de denominación, llamándose ahora Sogecable S.A.) oponiéndose a las pretensiones de las recurrentes e interesando la confirmación del acuerdo de archivo.
4. Por Providencia de 23 julio de 1996 se trae a este expediente testimonio de la Resolución del Tribunal de 23 de julio de 1996 (Exptes. r 154/96, r 157/96 y C 21/95) cuya parte dispositiva dispone:

"Revocar y dejar sin efecto el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de archivar la decisión del Tribunal por la que se interesa la incoación de expediente sancionador por los hechos denunciados por Antena 3, Jerez de Cable y Santander de Cable en relación con el acuerdo estratégico suscrito por Telefónica de España, SA y Canal Plus, SA.

Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que proceda a la apertura del expediente que corresponda para investigar y calificar los hechos denunciados y que lo comunique expresamente al Tribunal.

Suspender la tramitación de los expedientes r 154/96 y r 157/96 hasta que el Servicio de Defensa de la Competencia proceda a cumplimentar lo interesado por el Tribunal".
5. El 9 de septiembre de 1996 se recibe en el Tribunal el Acuerdo del Servicio de 30 de julio de 1996 por el que acuerda la admisión a trámite de la denuncia de Jerez de Cable S.L. y Santander de Cable S.A. y abre el oportuno expediente.

6. Son interesados:
- Jerez de Cable S.L.
 - Santander de Cable S.A.
 - Telefónica de España S.A.
 - Sociedad de Televisión Canal Plus S.A. (hoy Sogecable S.A.)
 - Cablevisión S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Una vez que el Servicio ha atendido la orden del Tribunal a cuyo cumplimiento se condicionó la suspensión de este expediente (AH 4 y 5), procede reanudar su tramitación y precisar el objeto del recurso. Porque, aunque se dirija indiscriminadamente contra el acuerdo de archivo de la denuncia, expresamente manifiestan las recurrentes que uno de los hechos denunciados -el acuerdo Telefónica/Canal Plus, que fué aprobado como acuerdo de concentración por el Consejo de Ministros- será objeto de recurso en vía contenciosa. Hay que entender por tanto, como interesan Telefónica y Canal Plus, que el recurso se limita al archivo decretado por el Servicio respecto del otro hecho objeto de la denuncia -la actividad de prestación de televisión por cable que habría hecho Telefónica- que es el único cuya impugnación se motiva.
2. Antes de entrar en el fondo del recurso, debe desestimarse la petición de que el Tribunal, como medida cautelar, ordene a Telefónica que cese en toda actividad, por sí misma o a través de sus filiales, relativa a la televisión local por cable; entre otras posibles razones porque la conducta de Telefónica objeto de la denuncia es la que venía realizando con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/1995, de 2 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable. Prohibirle hoy continuar la prestación de la televisión por cable exigiría calificar la actividad que Telefónica ha supuestamente desarrollado en este campo, con posterioridad a la Ley citada, lo que queda fuera del objeto de este recurso.

Y tampoco es de aceptar la petición de recibimiento a prueba del recurso dado que lo que se discute es si, en el supuesto de que sea cierto que Telefónica haya comenzado a prestar el Servicio de televisión por cable, esta conducta está o no incurso en el Art. 6 LDC por suponer una infracción de su contrato con el Estado. Es decir, que la denuncia no se ha archivado por falta de veracidad de los hechos denunciados; justamente la comprobación o fijación de los hechos, a través de un procedimiento contradictorio, sería la finalidad del expediente que el Servicio no ha incoado.

3. La cuestión que debe decidirse para resolver el recurso es la de si el acuerdo del Servicio de archivar la denuncia está suficientemente justificado.

3.1. Según la denuncia, Telefónica habría abusado de su posición de dominio en el mercado -posición que viene dada por tener el monopolio de los servicios de telefonía y sus redes- porque su contrato con el Estado, que regula la concesión a Telefónica de la prestación de los servicios finales y portadores, no permite -según la interpretación de las denunciantes- que Telefónica preste el servicio de televisión por cable utilizando sus redes afectas a los servicios concedidos. Al hacerlo así, Telefónica infringe el contrato con el Estado y su conducta, por ello, constituye un abuso de posición de dominio.

3.2. El Servicio archivó la denuncia porque *"por escrito de 4 de julio de 1995 Telefónica formuló consulta a la Secretaría General de Telecomunicaciones sobre si existía algún impedimento para que pudiera prestar el servicio de televisión por cable, mediante sus propias infraestructuras de telecomunicación, en ámbitos territoriales definidos, previamente comunicados, por sí misma o a través de compañías filiales en la que ostente un mínimo del 51%, teniendo en cuenta que, en caso de prestarlo por sí misma, lo haría con separación estricta de su contabilidad en los mismo términos que el contrato establece para otros servicios en competencia.*

*En su contestación de 24 de julio de 1995, la Secretaría General de Comunicaciones entiende, "consecuentemente con la Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, que la actividad de la televisión por cable, como manifestación de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, **no puede ser impedida** con fundamento en la ausencia de una específica regulación del servicio, en el bien entendido supuesto de que la actividad quede contraída al **ámbito local**, único contemplado por el antedicho Tribunal y al que debe limitarse el alcance de su doctrina".*

Es decir, que Telefónica no ha infringido el contrato con el Estado como pretende la denuncia.

3.3. Las recurrentes insisten en el recurso en la demostración de que Telefónica actúa contraviniendo el contrato con el Estado, conclusión que deducen del análisis de diversas cláusulas del mismo; afirman que la respuesta de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones a la consulta de Telefónica no puede interpretarse en el sentido en que lo hacen tanto ésta como el Servicio, porque la Secretaría de Estado se olvida de contestar explícitamente a la pregunta formulada respecto a si Telefónica

puede prestar el Servicio utilizando sus propias redes, que es el objeto de debate; y que la Ley 42/1995, de 2 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, prohíbe operar a Telefónica hasta tanto no hayan transcurrido nueve meses desde que se haya resuelto el concurso para la concesión del servicio a un segundo operador (Disposición Adicional Segunda), lo que confirma la interpretación anterior.

4. Es de observar que el contrato de Telefónica con el Estado, aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de noviembre de 1991 y suscrito el 26 de diciembre de 1991, es un contrato administrativo que está sujeto, especialmente en lo que se refiere a su interpretación, a la Ley de Contratos del Estado, como expresamente establece su Estipulación Segunda. Tanto la Ley de Contratos del Estado vigente al tiempo de celebrarse el convenio -Ley 198/1963, de 28 de diciembre, Art. 19- como la que ha venido a sustituirla -Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, Art. 60- establecen que la interpretación de los contratos administrativos y la resolución de las dudas que ofrezca su cumplimiento, corresponde, como prerrogativa de la Administración, al órgano de contratación, cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción contenciosa.

El Tribunal no puede, por tanto, como pretenden las recurrentes, interpretar el contrato de Telefónica con el Estado para resolver la duda de si la prestación del servicio de televisión por cable, que supuestamente ha iniciado Telefónica, es una actividad permitida o prohibida por aquél, una vez que ya se ha pronunciado la Secretaría de Estado para las Comunicaciones; ni tampoco puede revisar la interpretación del contrato que aquélla hizo cuando Telefónica planteó la cuestión en términos inequívocos. Si las recurrentes entienden que la respuesta de la Secretaría de Estado es incompleta o inexacta, deberían haberla recurrido ante los Tribunales contenciosos y no ante el TDC.

5. La Estipulación Decimotercera del contrato crea un Delegado del Gobierno, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (hoy de Fomento), cuyo cometido general es el de asegurar la mayor eficacia y el más exacto cumplimiento de lo establecido en el contrato. Podría existir la duda de si este órgano sería el llamado a interpretar el contrato en lugar de la Secretaría General de Comunicaciones, pero es irrelevante en este caso porque las recurrentes también han acudido al Delegado del Gobierno solicitándole que ordenara el cese de la actividad iniciada por Telefónica respecto a la prestación de televisión por cable, utilizando para fundamentar su petición argumentos muy similares a los empleados luego en el recurso ante el TDC. En la resolución de 6 de noviembre de 1995 -según la fotocopia aportada por Telefónica- el Delegado del Gobierno, después de

recoger la contestación de la Secretaría de Estado a la consulta de Telefónica antes citada, rechaza motivadamente la pretensión que se le había planteado, afirmando el derecho de Telefónica a establecer una red de servicios integrados y a utilizar su capacidad excedentaria siempre que no perjudique los servicios concedidos.

6. Añaden por último las recurrentes que la Ley 42/1995, de 2 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, posterior a la fecha de la denuncia, prohíbe a Telefónica prestar el servicio de televisión por cable si no es después de transcurridos nueve meses de la obtención del título habilitante en cada circunscripción (Disposición Adicional Segunda). Lo que confirmaría su tesis de que Telefónica no podía realizar antes esta actividad. Para Telefónica, por el contrario, su actividad previa a la Ley del Cable estaría regulada por la Disposición Transitoria Primera, que consolida las explotaciones de televisión por cable iniciadas con anterioridad, sin hacer ninguna excepción para Telefónica que recibe, por ello, el mismo tratamiento, en cuanto a su actividad pasada, que las demás operadoras.

La interpretación de las dos Disposiciones citadas de la Ley de Telecomunicaciones por Cable puede resultar dudosa -y hoy habría que tener en cuenta las normas posteriores sobre esta materia-; pero es una cuestión que no tiene interés para resolver el recurso porque la actividad de Telefónica objeto de la denuncia es anterior a la entrada en vigor de la Ley 42/1995, norma que quizá no consolide aquella actividad y la prohíba para el futuro, pero que no la declara retroactivamente ilícita.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por Jerez de Cable S.L. y Santander de Cable S.A. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 1996 que archivó la denuncia de las recurrentes contra Telefónica de España, S.A. por la actividad que esta compañía venía realizando, por sí o por medio de sus filiales, en orden a la prestación del servicio de televisión local por cable.

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