

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA (Expte. VATC/0020/07 TRIO PLUS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 8 de junio de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente VATC/0020/07 TRIO PLUS, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de enero de 2010, recaída en el expediente S/0020/07 TRIO PLUS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 28 de enero de 2010, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) acordó la terminación convencional del expediente S/0020/07 en los términos siguientes:

***"PRIMERO.-** Con amparo en el Artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, se acuerda terminar convencionalmente el expediente sancionador incoado con causa en Acuerdos de actuación conjunta firmados el día 27 de Junio del 2007 entre Sogecable SA., y Telefónica Cable SAU., para la adquisición de contenidos para Imagenio y la comercialización de Digital+, con ciertos servicios de comunicaciones de Telefónica. La antedicha terminación convencional alcanza también y debe predicarse y hacerse extensible a los siguientes acuerdos:*

(1) "Contrato para la comercialización de Digital+ con ciertos servicios de comunicaciones de Orange" de 31 de Enero del 2008, entre Sogecable SA., Canal Satélite Digital SL., DTS Distribuidora de Televisión Digital SA., y France Telecom España SA.

(2) "Acuerdo de colaboración para la comercialización de Digital + y ADSL+Llamadas de Vodafone" de 14 de Noviembre del 2008 entre Canal satélite Digital SL., DTS Distribuidora de Televisión Digital SA., y Vodafone España SAU.

SEGUNDO.- *Terminación convencional sujeta a los compromisos presentados y definitivamente concretados en esta Resolución, en base a las recomendaciones y consideraciones propuestas por la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia.*

Los compromisos que, en todo caso deberán responder a la filosofía plasmada en el cuerpo de esta Resolución, deberán conformar los contratos vinculantes de actuación conjunta, que las partes deberán necesariamente presentar a la Dirección de Investigación para su preceptiva autorización, dentro del plazo de treinta días, siguientes al de la notificación de la presente Resolución.

TERCERO.- *Encomendar la vigilancia del acuerdo de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos alcanzados y de las obligaciones impuestas a la Dirección de Investigación."*

2. En cumplimiento del dispositivo TERCERO de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010, la Dirección de Investigación de la CNC (actual Dirección de Competencia) acordó la apertura del expediente de vigilancia VATC/0020/07.
3. En el marco del mencionado expediente de vigilancia, mediante Resolución de 15 de septiembre de 2011 (Expte. VATC/0020/07), el Consejo de la CNC resolvió que se habían detectado determinados incumplimientos en los compromisos a los que se había subordinado la terminación convencional del expediente sancionador S/0020/07, interesando la incoación de un expediente sancionador por dicho incumplimiento:

"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 de 28 de enero de 2010.*

SEGUNDO.- *Intimar a SOGECABLE SA (actualmente denominada PRISA TELEVISIÓN SAU) y DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION 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 esta Resolución.*

Advertir a SOGECABLE SA (actualmente denominada PRISA TELEVISIÓN SAU) y a DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL 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 Comisión Nacional de la Competencia la incoación de expediente sancionador por el incumplimiento declarado en el resuelve primero de esta Resolución".*

4. Con fecha 16 de septiembre de 2011 la anterior Resolución fue notificada a Sogecable, S.A. (posteriormente, Prisa Televisión, S.A.U.); Canal Satélite Digital, S.L.; DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A.; Agrupación de Operadores de Cable AIE; Mediaproducción, S.L.; Cableuropa, S.A.U.; Tenaria, S.A. (Ono); Telefónica de España, S.A.U.; Telefónica Cable, S.A.U.; Vodafone España, S.A.U.; France Telecom España, S.A.; y France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U. (folios 638 a 644).

Contra dicha Resolución, tanto DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (en adelante DTS) y PRISA TELEVISIÓN, S.A.U (en adelante PRISA TELEVISIÓN), como TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA CABLE, S.A.U. (en adelante y conjuntamente TELEFÓNICA) interpusieron recurso contencioso administrativo en los siguientes términos:

- DTS y PRISA TELEVISIÓN interpusieron recurso contencioso administrativo ordinario (504/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la Resolución, que fue denegada por la Audiencia Nacional por Auto de 25 de junio de 2012. Mediante sentencia de 23 de diciembre de 2013, la Audiencia Nacional estimó el recurso anulando 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. Contra dicha sentencia la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación (1131/2014), que fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017.
 - TELEFÓNICA interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario (587/2011). Por sentencia de 23 de diciembre de 2013, la Audiencia Nacional estimó el recurso anulando 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. Contra dicha Sentencia la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación (1125/2014), que fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017.
5. En cumplimiento del resuelve TERCERO de la Resolución de 15 de septiembre de 2011 la Dirección de Investigación incoó expediente sancionador contra DTS y PRISA TELEVISIÓN y TELEFÓNICA bajo la referencia SNC/0016/11 DIGITAL + MINI.

Mediante resolución de 23 de enero de 2013, el Consejo de la CNC declaró que el incumplimiento declarado en la resolución de 15 de septiembre de 2011 constituía una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC, imponiendo una multa de 88.387 € a PRISA TELEVISIÓN y a DTS y de 100.259 € a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

Esta resolución sancionadora fue también recurrida por las entidades sancionadas, siendo anulada por la Audiencia Nacional en las sentencias de 18 y de 24 de marzo de 2014 (recaídas, respectivamente, en los recursos 75/2013, interpuesto por DTS/PRISA TELEVISIÓN, y 99/2013, interpuesto por TELEFÓNICA) siguiendo la doctrina expuesta en las sentencias de 23 de diciembre de 2013 que anularon la referida resolución de la CNC de 15 de septiembre de 2011.

6. Tras la Resolución del Consejo de la CNC de 15 de septiembre de 2011, PRISA TELEVISIÓN aportó, con fechas 31 de agosto de 2011, 28 de febrero de 2012 y 20 de mayo de 2013, información a la Dirección de Investigación acerca de:
 - Las altas de Digital + obtenidas a través de los acuerdos firmados con TELEFÓNICA, France Telecom España SA. (ORANGE) y Vodafone España, S.A.U. (VODAFONE) objeto del expediente de referencia.
 - Las comisiones por alta nueva devengadas por Digital+ a favor de TELEFÓNICA, ORANGE Y VODAFONE, y viceversa, en el marco de los acuerdos correspondientes.
 - El importe de los gastos específicos incurridos en publicidad, promoción y marketing en aplicación de dichos acuerdos.
7. Con fecha 2 de agosto de 2012, DTS y PRISA TELEVISIÓN comunicaron a la CNC la extensión de la vigencia del acuerdo de colaboración para la comercialización conjunta de Digital+ (actualmente Canal+) con ciertos servicios de comunicación de TELEFÓNICA de 15 de marzo de 2010 hasta el 30 de junio de 2013.
8. Con fecha 26 de abril de 2013, la Dirección de Investigación requirió a PRISA TELEVISIÓN la aportación de determinada información.

Con fecha 20 de mayo de 2013, tuvo entrada en la CNC escrito de contestación por parte de DTS y PRISA TELEVISIÓN, en el que además de aportar la documentación solicitada, comunicaban la renovación, el 16 de abril de 2013, del contrato de suministro de Canal + y de colaboración para la comercialización de ofertas conjuntas de Digital + y ORANGE que ambas entidades habían firmado el 1 de septiembre de 2011, hasta el 30 de junio de 2014 (folios 823 y 824).

9. Con fecha 28 de marzo de 2017, la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC elevó su informe final de vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de enero de 2010, recaída en el expediente VATC/0020/07 TRIO PLUS, proponiendo a la Sala de Competencia de la CNMC dar por concluida la vigilancia.
10. Son interesados en este expediente:
 - PRISA TELEVISIÓN, S.A.U. (antes SOGECABLE, S.A.) y DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.
 - TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA CABLE, S.A.
 - CABLEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A.
 - MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.
 - AGRUPACIÓN OPERADORES DE CABLE AIE
 - VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.
 - FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. y FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER, S.A.U.

11. El Consejo en Sala de Competencia, deliberó y aprobó esta Resolución en su sesión del día 8 de junio de 2017.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC *“vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”*, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Sobre las Sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo

Tal y como se ha recogido en el antecedente de hecho 4, mediante sendas sentencias de 23 de diciembre de 2013, la Audiencia Nacional estimó los recursos presentados por DTS y PRISA TELEVISIÓN (recurso 504/2011) y TELEFÓNICA (recurso 587/2011), anulando la Resolución de la CNC de fecha 15 de septiembre de 2011.

La Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de diciembre de 2013 (recurso 587/2011 presentado por TELEFÓNICA), fundamentos cuarto y séptimo, expuso lo siguiente:

“CUARTO: *Así las cosas, una breve recapitulación de los hechos, nos muestra que la autoridad de la competencia dicta una resolución de terminación convencional de un expediente sancionador en la que impone dos concretas condiciones a las empresas implicadas en la investigación, que la propia CNC declara cumplidas, al asumir lo dicho por el Servicio en su segundo informe de vigilancia, y que en concreto son: 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 +.*

Por otra parte, también declara la CNC que las recurrentes no han puesto obstáculo alguno al cumplimiento de los principios generales sustantivos que regulan los compromisos, y que pueden resumirse en los siguientes: a) Informar a la DI de forma permanente sobre los costes de comercialización de los productos de cada parte y b) 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.

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.

[...]

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 dos 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.”*

Este mismo criterio fue seguido por la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de diciembre de 2013, referente al recurso presentado por DTS y PRISA TELEVISIÓN (recurso 504/2011), en la que también anula la Resolución de 15 de septiembre de 2011.

Como ya se ha expuesto en el antecedente de hecho 4, mediante sentencias de 11 de enero de 2017 el Tribunal Supremo desestimó los recursos de casación nº 1131/2014 y nº 1125/2014 presentados por la Abogacía del Estado contra las sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 que estimaban los recursos nº 504/2011 y 587/2011 interpuestos, respectivamente, por DTS y PRISA TELEVISIÓN, y TELEFÓNICA.

En concreto, en el fundamento tercero de la sentencia recaída en el recurso 1131/2014, presentado por DTS y PRISA TELEVISIÓN, el Tribunal Supremo expone lo siguiente:

“La lectura de la sentencia permite identificar de forma suficiente las razones que justifican la estimación del recurso o su ratio decidendi, que se explica a lo largo de los fundamentos jurídicos y con más concreción en su fundamento jurídico séptimo. La Sala de instancia expresa su criterio y razona de forma expresa que la resolución impugnada que declara el incumplimiento por la comercialización del paquete «Digital+ mini» a nuevos clientes a través del canal «Trio+» no respeta el principio de seguridad jurídica, afirmando de forma clara que dicho incumplimiento debió justificarse por la Comisión Nacional de la Competencia de forma más precisa sin resultar válida ni suficiente la apelación a meros principios inspiradores de la originaria resolución de terminación convencional de 28 de enero de 2010. A lo anterior añade la Sala que se han observado los compromisos establecidos en dicho Acuerdo previo del que trae causa el recurrido en la instancia.”

En definitiva, a la luz de los pronunciamientos anteriores, debe concluirse que la vigilancia de la Resolución de terminación convencional adoptada por el Consejo de la CNC el 28 de enero de 2010 únicamente debió limitarse a lo establecido en la parte dispositiva de la misma y a lo estipulado en su Fundamento de Derecho TERCERO.

TERCERO.- Sobre la vigilancia de la Resolución de 28 de enero de 2010 (S/0020/07)

La Resolución del Consejo de la CNC de 15 de septiembre de 2011 no sólo determinó el eventual incumplimiento de los compromisos derivados de la terminación convencional del expediente sancionador S/0020/07 relacionados con el paquete Digital+ mini, sino que también analizó el cumplimiento por parte de otros operadores (Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Cable, S.A.U., France Telecom España, S.A., France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U.) de los restantes compromisos derivados de la modificación de contratos y obligaciones de información derivados de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010.

1. Obligaciones de modificación contractual e información en relación con los contratos de comercialización conjunta firmados por SOGECABLE, S.A. con TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE

En primer lugar, en la Resolución del 15 de septiembre de 2011, el Consejo de la CNC constató que se habían producido las reformas y revisiones contractuales derivadas de los compromisos que habían sido presentados por las partes en el expediente sancionador S/0020/07 y que las partes en el expediente habían cumplido con la obligación de comunicarlas a la CNC, de acuerdo con lo establecido en el dispositivo SEGUNDO de la Resolución del Consejo de La CNC de 28 de enero de 2010.

Posteriormente a la adopción de la citada Resolución del Consejo de la CNC, DTS y PRISA TELEVISIÓN aportaron copia de las modificaciones contractuales

que se habían producido desde la firma de los nuevos acuerdos con TELEFÓNICA y ORANGE.

En relación con la relación contractual existente entre DTS y PRISA TELEVISIÓN y ORANGE, el Consejo de la CNC en la citada resolución de 15 de septiembre de 2011 acordó mantener abierta la vigilancia en relación con los acuerdos de comercialización conjunta de DIGITAL+ y los servicios de comunicaciones electrónicas de ORANGE derivados del nuevo contrato suscrito entre las partes el 22 de julio de 2010 en tanto la Dirección de Investigación no finalizara su análisis respecto a la posible existencia de eventuales indicios de infracción de la LDC en dichos acuerdos de comercialización conjunta.

Durante la subsiguiente vigilancia la Dirección de Investigación pudo comprobar a través de la información proporcionada por las partes que el número de clientes captados a través de estos acuerdos de comercialización conjunta alcanzaba cifras escasamente significativas en relación al mercado de referencia (de 1.000 a 1.500 altas entre marzo de 2012 y mayo de 2013, folios 800-803), dificultando cualquier afectación a la competencia en el mismo.

La posterior aprobación en abril de 2015 de la operación de concentración económica C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA del control exclusivo de DTS y el sustancial cambio de las condiciones de comercialización en el mercado derivado de la misma motivó, como se examinará a continuación, que las relaciones contractuales de DTS con los operadores de telecomunicaciones pasaran a examinarse en el expediente de vigilancia referido a la citada concentración.

2. Obligaciones de información en relación con determinados aspectos de los contratos de comercialización conjunta firmados por SOGECABLE, S.A. con TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

Un análisis similar al realizado en el punto anterior para la información sobre modificaciones contractuales debe hacerse en relación con el resto de obligaciones de información que SOGECABLE, S.A. asumió en el marco de la terminación convencional del expediente sancionador S/0020/07.

En este sentido, y tal y como se apuntaba en el apartado anterior, esta Sala considera que la propia Audiencia Nacional en sus Sentencias de 23 de diciembre de 2013 estableció la validez de esta obligación de información cuando determinó 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 dos 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.

[...]”

A la luz de todo lo anterior, esta Sala considera que PRISA TELEVISIÓN ha cumplido con las obligaciones derivadas de la Resolución de 28 de enero de 2010, por la que el Consejo de la CNC acordó la terminación convencional del expediente sancionador S/0020/07 TRIO PLUS.

Además del cumplimiento antes señalado, de cara a la finalización del expediente de vigilancia VATC/0020/07 debe tenerse en cuenta que el 22 de abril de 2015 el Consejo de la CNMC acordó la autorización de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA del control exclusivo de DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), que implicó la desaparición de DTS como operador independiente y, por lo tanto, una modificación sustancial en las condiciones de comercialización de los productos de la citada entidad.

Ello conllevó la inexistencia de nuevas modificaciones contractuales y la fijación de unas condiciones comerciales para los productos de televisión de DTS acordes con los compromisos a los que se subordinó la concentración TELEFÓNICA/DTS, por lo que la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010 ya no resulta de aplicación para las relaciones contractuales de DTS con los operadores de telecomunicaciones TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE, puesto que con la integración de DTS en el grupo TELEFÓNICA, se ha modificado sustancialmente la posición de DTS en el mercado y el contexto competitivo que la CNC analizó en la Resolución que dio origen al expediente de referencia.

En su informe final de vigilancia, de 28 de marzo de 2017, la DC considera que *“procede dar por finalizada la vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010 en el expediente S/0020/07”*.

A la vista de las consideraciones expuestas, esta Sala se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por la DC en su informe final de vigilancia de fecha 28 de marzo de 2017.

Por todo ello, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar el cierre de la vigilancia de la Resolución de 28 de enero de 2010, recaída en el expediente S/0020/07 TRIO PLUS.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.