

Tribunal de Defensa de la Competencia

I N F O R M E

EXPEDIENTE DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA **C 21/95**

SOBRE LA NOTIFICACION VOLUNTARIA DE OPERACION DE
CONCENTRACION EXPTE. C 21/95 SOCIEDAD GENERAL DE CABLEVISIÓN
SA, DEL TDC (NV-081 DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA)

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES	4
1.1. Denuncias y notificación voluntaria.....	4
1.2. Actuaciones del Tribunal.....	5
2. OBJETO DE LA NOTIFICACION VOLUNTARIA A LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS	7
2.1. Las empresas participantes.....	7
2.2. La operación notificada.....	8
2.2.1. El acuerdo estratégico.....	9
2.2.2. El acuerdo de accionistas.....	11
2.2.3. Acuerdo no notificado: el contrato tipo Cablevisión - operadores de cable.....	12
2.2.4. Acuerdo no notificado: el pacto TELEFONICA-Iberdrola.....	13
3. REMISIÓN DE INFORMACIÓN A LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS	14
4. DELIMITACIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES	14
4.1. Mercados de productos y servicios relevantes.....	14
4.2. Mercados geográficos.....	15
5. EFECTOS DE LA OPERACIÓN NOTIFICADA EN DICHS MERCADOS	16
5.1. Los efectos sobre el uso de las redes de cable por terceros.....	16
5.2. Los efectos sobre los servicios de telecomunicaciones susceptibles de ser prestados en el futuro por operadoras de cable.....	17
5.3. Los efectos sobre el suministro de descodificadores y tarjetas inteligentes.....	18
5.4. Los efectos sobre el mercado de servicios para operadoras de cable.....	19
5.5. Los efectos sobre el mercado de la televisión de pago.....	19
5.6. Los efectos sobre los programas audiovisuales.....	20
6. CALIFICACIÓN JURÍDICA	21
6.1. Consecuencias de la calificación jurídica de la operación.....	21
6.2. Calificación con arreglo a la legislación española de competencia.....	23
6.3. Calificación con arreglo a la normativa comunitaria de competencia.....	24
6.4. Aplicación de la LDC y la doctrina del Tribunal al caso concreto.....	25
6.5. Aplicación de las normas comunitarias de competencia al caso concreto.....	27
6.6. Opinión del Tribunal sobre la dimensión comunitaria de la operación de concentración.....	30
6.7. Consecuencias de las actuaciones de la Comisión Europea.....	35
7. VALORACIÓN ECONÓMICA	37
7.1. Puntos fuertes de la posición de TELEFONICA.....	37
7.2. Puntos fuertes de la posición de CANAL PLUS.....	39
7.3. El escenario alternativo a la alianza estratégica.....	40
7.4. El objetivo de la operación notificada.....	41
7.5. Efectos de la alianza sobre la competencia futura en los mercados afectados.....	43

7.6. Los beneficios de eficiencia.	43
7.7. Las ventajas de un campeón español.....	44
7.8. Las ventajas para los consumidores.....	45
8. CONCLUSIONES	46
DICTAMEN	48

1. ANTECEDENTES

1.1. Denuncias y notificación voluntaria.

En el mes de septiembre de 1995 ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A.(ANTENA 3) presenta una denuncia ante los órganos comunitarios y los españoles de defensa de la competencia por acuerdo restrictivo de la competencia y abuso de posición de dominio de TELEFÓNICA y CANAL PLUS, basada en el anuncio público, hecho por dichas empresas, de la firma de un "Acuerdo Estratégico" para operar conjuntamente en el sector de las telecomunicaciones por cable. El Servicio de Defensa de la Competencia inicia una información reservada, en el curso de la cual requiere diversos datos de las empresas firmantes del acuerdo. A la vista de dicho requerimiento, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. (TELEFÓNICA) y CANAL PLUS S.A. (CANAL PLUS ESPAÑA) optaron por presentar, el 26 de octubre de 1995, una notificación voluntaria de operación de concentración, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y en los arts. 3 y ss. del R.D. 1080/1992.

El Director General de Defensa de la Competencia, por orden del Sr. Ministro de Economía y Hacienda, remitió, el 27 de noviembre de 1995, el expediente de concentración al Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal) con el fin de que emitiera el dictamen previsto en el art. 16 de la LDC, por cuanto considera que la operación notificada puede obstaculizar la competencia efectiva en los mercados afectados.

Mediante fax de 6 de febrero de 1996, el Director General de la Competencia de la Comisión Europea ha comunicado a los presidentes de TELEFÓNICA, CANAL PLUS Societé Anonyme (CANAL PLUS Francia), Promotora de Informaciones S.A. (PRISA) y al Tribunal, al día siguiente, que los servicios de la Comisión Europea han llegado a la conclusión de que la puesta en operación de la Sociedad General de Cablevisión (Cablevisión), que se encargará de la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales a los operadores de cable fundamentalmente en el campo de la televisión por cable, "constituye una concentración económica de dimensión comunitaria". Por otra parte, el Acuerdo Estratégico firmado entre TELEFONICA y SOGECABLE/CANAL PLUS España en julio de 1995, que prevé también una cooperación entre las partes como accionistas de operadores locales de telecomunicaciones cuya constitución está en curso en España, puede quedar, en opinión de los servicios de la Comisión Europea, separado de la operación concentrativa de Cablevisión y podría ser analizado, en su momento, desde la perspectiva de los arts. 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea.

El procedimiento comunitario establece la obligación de notificación de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria y la Comisión Europea no incoa el procedimiento hasta después de recibir la citada notificación (art. 4.3 del Reglamento CEE nº 4064/1989). En caso de incumplimiento es de aplicación lo previsto en el art. 14 que establece la facultad de la Comisión Europea para, mediante Decisión, imponer multas de 1.000 a 50.000 ecus a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, omitan la notificación de una concentración de dimensión comunitaria. Dado que las empresas participantes parecen discrepar de la tesis de los servicios de la Comisión Europea en cuanto a la dimensión comunitaria de la operación, en puridad la Comisión Europea todavía no ha incoado procedimiento.

Por tanto, en este momento todavía no puede darse por definitiva la competencia de la Comisión Europea en el caso, y tanto las partes como el Reino de España pueden combatir esta decisión, incluso solicitando del Tribunal de Primera Instancia la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión de la ejecución del acto administrativo, hasta tanto no se pronuncie sobre la eventual improcedencia de las apreciaciones de los servicios de la Comisión Europea.

En estas condiciones, y mientras no sea firme el acto de la Comisión Europea por el que decide que se trata de una concentración de dimensión comunitaria, el Tribunal continúa teniendo la obligación de emitir el Dictamen previsto en el art. 16 de la LDC. Caso de no ser emitido en el plazo que termina el próximo 27 de febrero, la operación quedaría tácitamente autorizada en los términos en que ha sido notificada a no ser que por parte del Ministro de Economía y Hacienda se revoque antes su orden de remisión del expediente al Tribunal para que emita el dictamen solicitado.

1.2. Actuaciones del Tribunal.

Conforme a lo dispuesto en el art. 12 del R.D. 1080/1992, el Presidente del Tribunal designó una Comisión integrada por el propio Presidente, Sr. Petitbò Juan, por el Vicepresidente Sr. Alonso Soto y por la Vocal Sra. Alcaide Guindo, participando en calidad de asesor el Vocal Sr. de Torres Simó, encargada de elaborar la ponencia que sirva de base al Informe del Tribunal sobre la operación notificada.

La Comisión ha mantenido entrevistas con los notificantes en numerosas ocasiones: con los representantes de CANAL PLUS España el día 21 de diciembre de 1995; con los representantes de TELEFONICA ese mismo día y con los representantes de las dos partes simultáneamente el 10 de enero de 1996, y les ha solicitado información adicional en cuatro ocasiones. Asimismo, algunos miembros de la Comisión han mantenido entrevistas con representantes

del Ministerio de Economía y Hacienda (el 28 de noviembre de 1995, el 23 de enero y el 14 de febrero de 1996), de la Secretaría General de Telecomunicaciones (el 12 de enero de 1996) y de los servicios de la DG.IV de la Comisión Europea (el 16 y el 26 de enero de 1996); y con empresas y asociaciones empresariales afectadas por la concentración, concretamente el 7 de febrero de 1996 con los representantes de Multitel S.A. (Multitel), Santander de Cable S.A. (Santander de Cable) y Cableuropa S.A., el 9 de febrero de 1996 con Espacable y el mismo día con Antena 3.

En el procedimiento seguido ante el Tribunal, Multitel y Santander de Cable se han personado y han solicitado formalmente ser tenidas por interesadas en el expediente, tener acceso a lo actuado y que se les dé el plazo previsto para alegaciones, lo cual ha sido combatido por los notificantes.

Mediante Auto de 13 de febrero de 1996, el Tribunal ha resuelto considerar interesados en el expediente a Multitel y Santander de Cable y darles vista de la parte del expediente que no ha sido declarada confidencial.

Posteriormente Antena 3 y la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) han solicitado ser consideradas partes interesadas en el expediente y acceso al mismo para formular alegaciones. Por Auto de 19 de febrero de 1996 Antena 3 ha sido considerada interesada y por Auto de 22 de febrero lo ha sido ASTEL, a las que se les ha dado vista del expediente y plazo para alegaciones hasta el día 24 de febrero, teniendo en cuenta que el 27 de febrero finaliza el plazo para que el Tribunal remita su dictamen al Ministro de Economía y Hacienda.

Se ha dado, pues, vista del expediente a los notificantes y a los interesados en cumplimiento de lo previsto en el art. 13.2 del R.D. 1080/1992.

Los notificantes y los interesados han hecho alegaciones.....

2. OBJETO DE LA NOTIFICACION VOLUNTARIA A LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

2.1. Las empresas participantes.

- TELEFÓNICA, constituida el 19 de abril de 1924 por tiempo indefinido, cuyo objeto social principal es la prestación y explotación de toda clase de servicios públicos y privados de telecomunicación. TELEFÓNICA es concesionaria del servicio público de telecomunicaciones de acuerdo con el Contrato de Concesión suscrito con la Administración del Estado el 26 de diciembre de 1991.
- Telecartera S.A (Telecartera), sociedad holding constituida el 30 de julio de 1993, cuyos socios actuales son TELEFÓNICA (60%), Caja Postal S.A.(20%), Abengoa(5%) e Iberdrola(15%).
- CANAL PLUS España, constituida el 12 de abril de 1989, cuyo objeto social es la prestación de servicios de televisión privada. Es la única concesionaria en España de un canal privado de televisión de pago emitido por onda hertzianas, emitiendo la mayor parte de su programación codificada. Cuenta aproximadamente con 1,2 millones de abonados y es titular de una concesión de una canal del satélite Hispasat. Su capital social, en el momento de la notificación, era de 10.000 millones de pesetas. Sus socios actuales son PRISA (25%), CANAL PLUS Francia (25%), Corporación General Financiera (Grupo BBV 15,79%), Inversiones Artá (Grupo March 12,65%), Cajamadrid (5,26%), Eventos S.A (Scala 2000 S.A. y Promotora de Publicaciones S.L. 7,9%) y Societé Noyange (grupo Carrefour, representado en España por el grupo March 3.14%).
- Sociedad de Gestión de Cable S.A. (SOGECABLE), constituida el 9 de abril de 1991. En el momento de la notificación, tenía un capital social de 8.000 millones de pesetas. Alquilaba a CANAL PLUS España los descodificadores que ésta pone a disposición de sus abonados, producía programas y explotaba canales de televisión vía satélite, contando en la actualidad con unos 30.000 abonados. Su estructura accionarial coincidía con la de CANAL PLUS España y, de acuerdo con la información facilitada al Tribunal por sus representantes, en la Junta General de Accionistas celebrada el día 3 de enero de 1996 adoptó un acuerdo por el que se disolvía la sociedad sin liquidación, con la cesión global de su activo y su pasivo a CANAL PLUS España.

La empresa "objeto de la concentración" es Sociedad General de Cablevisión S.A (Cablevisión), constituida el 28 de julio de 1992, cuyos accionistas fundadores fueron a partes iguales,Telecartera, Abengoa y SOGECABLE, siendo los actuales Telecartera y SOGECABLE al 50% cada una. Como consecuencia de la disolución de SOGECABLE, esta sociedad es sustituida como accionista por CANAL PLUS España.

Su objeto social es la organización y explotación de actividades y negocios que guarden relación con sistemas de televisión por cable y servicios de valor añadido relacionados con ese medio.

Tras dos reestructuraciones de su Consejo de Administración, a partir de 4 de octubre de 1995, el Consejo de Administración se compone de un Presidente - Consejero Delegado , un Vocal - Consejero Delegado, dos Vocales que también forman parte con los anteriores de una Comisión Ejecutiva, 6 Vocales y un Secretario sin voto.

2.2. La operación notificada.

La operación sometida a dictamen del Tribunal consiste fundamentalmente en la transformación de una sociedad anónima preexistente, de la que eran accionistas Telecartera (TELEFONICA) y SOGECABLE (CANAL PLUS), en una EMPRESA en PARTICIPACION (filial común o joint venture) para operar en un nuevo mercado: el que partiendo de la televisión por cable ofrece servicios multimedia interactivos.

La empresa "objeto de la concentración" es Cablevisión, constituida el 28 de julio de 1992, cuyos accionistas iniciales eran Telecartera, SOGECABLE y Abengoa, con participaciones iguales en el capital social. En la actualidad, los accionistas son las sociedades Telecartera y SOGECABLE al 50% cada una. En el expediente no consta la evolución en el tiempo de los accionistas de Cablevisión y sus participaciones respectivas, aunque de lo expresado por las partes en la notificación se deduce que, mucho antes de que se concluyeran los acuerdos notificados como una operación de concentración, ya se había constituido la empresa común y los ahora notificantes tenían el control de la mayoría de su capital social. De existir una operación de concentración, sería precisamente la constitución de la empresa común Cablevisión.

Los notificantes justifican el hecho de que la operación se haya notificado tres años después de la constitución de la empresa común alegando que la sociedad ha permanecido prácticamente inactiva hasta el mes de agosto de 1995, que en todo caso su constitución no tenía carácter concentrativo sino cooperativo y que el carácter concentrativo de la operación notificada se deriva de los pactos

concluidos en julio de 1995 y no de la constitución de la empresa en común por tres accionistas.

Como consecuencia de esta tesis, el objeto de la notificación es la "concentración económica" que, a juicio de los notificantes, se deriva de dos acuerdos suscritos por las partes el 26 de julio de 1995, a saber:

- a) el acuerdo estratégico
- b) el acuerdo de accionistas.

2.2.1. El acuerdo estratégico.

El acuerdo estratégico manifiesta la intención de las empresas que lo suscriben (TELEFONICA y CANAL PLUS) del "diseño e implementación conjunta de una serie de proyectos empresariales a desarrollar sobre la sociedad Cablevisión para la creación, distribución y operación de servicios de televisión de pago y de otros servicios interactivos sobre la base de la aportación por cada una de sus experiencias y fortalezas, recurriendo -si se considera necesario en cada caso- a la incorporación de terceros a dichos proyectos".

Para ello, TELEFONICA y CANAL PLUS:

Orientarán los objetivos empresariales de Cablevisión -"compañía en la que ambos grupos conjuntamente ostentan la mayoría accionarial"- hacia el establecimiento de sistemas de gestión y prestación de servicios de Operadoras de cable creadas sobre la base de un modelo común a todas ellas. Un pacto accionarial entre Telecartera y SOGECABLE establecerá los acuerdos necesarios relativos a la composición de los órganos de Cablevisión, funciones, fórmulas de adopción de decisiones, etc.

A dicho proyecto, y de común acuerdo, podrán ser invitados terceros.

Cablevisión tendrá un derecho preferente para el suministro y cobro de bienes, equipos y servicios a las Operadoras, centrándose la actividad de éstas en la comercialización, facturación y cobro. Los servicios serán proporcionados a precios de mercado, y sobre la base de ahorros demostrables por economías de escala. "Cablevisión podrá prestar servicios de los socios a operadores terceros en demarcaciones que no justifiquen una inversión directa de la sociedad", en las cuales TELEFONICA no esté presente a través de una operadora de cable.

TELEFONICA suministrará a las sociedades operadoras, "a precios de mercado y con carácter no exclusivo", las infraestructuras, la red de banda ancha y las redes de acceso. Se responsabilizará de la integración de las infraestructuras, de

la operación de los sistemas de telecomunicaciones y de la distribución de señales comunes a las Operadoras.

Si las partes se ponen de acuerdo, podrán adquirirse redes de cable ya existentes.

CANAL PLUS se responsabiliza de la gestión de los servicios audiovisuales de pago, del marketing de Cablevisión y las Operadoras, de los estudios de mercado, de la política de tarifas, etc. Pondrá a disposición de las Operadoras, a través de Cablevisión, a precios de mercado, el sistema de codificación de señales y asumirá la gestión comercial, de administración y cobro de abonados. Definirá la oferta de contenidos y de programación, comprará los derechos y, en su caso, hará las producciones y "concederá a Cablevisión, en exclusiva para el cable la programación de CANAL PLUS como canal premium, salvo imperativo legal".

Cablevisión será la sociedad de gestión de servicios para las Operadoras y promocionará su explotación de servicios de televisión por cable excluyendo expresamente los servicios de telecomunicación.

Las operadoras locales de TELEFONICA (OLTs):

Tendrán la siguiente composición accionarial: 51% TELEFONICA; hasta 29% SOGECABLE¹, reservándose el resto para otros socios, fundamentalmente de carácter local.

Explotarán los servicios y actuarán frente a los clientes por su propia cuenta y nombre.

Arrendarán a TELEFONICA las infraestructuras de red y adquirirán a Cablevisión los servicios.

Serán propietarias o arrendatarias de elementos específicos para proporcionar los servicios (cabeceras de red, servidores de vídeo, descodificadores de usuarios, etc.).

TELEFONICA y CANAL PLUS propondrán un esquema de gestión y evolución de los servicios de televisión y otros sobre el soporte de satélite (tecnologías analógica y digital).

¹En el acuerdo originario se había previsto una participación de SOGECABLE del 29%. En la notificación se modifica este punto añadiendo "hasta" un 29%. En la práctica la participación de SOGECABLE queda reducida a menos del 10%.

Establecerán un grupo mixto de trabajo que definirá el Plan de Empresa de Cablevisión en el que se incluirá la determinación de las ciudades y zonas prioritarias -además de Madrid y Barcelona- para el establecimiento de operadoras de cable, el diseño de estructura de la red, la configuración de la oferta inicial de programación y servicios y las tarifas y marketing y la redacción de los contratos de suministro de servicios. Dicho grupo de trabajo debería haber presentado sus primeros informes y conclusiones el 15 de septiembre de 1995, pero los plazos se han dilatado.

Finalmente "TELEFONICA y CANAL PLUS se comprometen a no competir en los territorios de las OLTs y servicios que constituyan el ámbito de su actividad, quedando excluida la conclusión por TELEFONICA de acuerdos con otros programadores de televisión y por CANAL PLUS de acuerdos con otros operadores de cable".

Durante la tramitación del expediente este pacto ha sido suprimido y dejado sin efecto por un Acuerdo complementario suscrito por el Secretario General de TELEFONICA y el Director General de CANAL PLUS el 25 de enero de 1995. El Tribunal no ha contrastado si los firmantes tienen poder bastante o si la modificación del acuerdo ha sido posteriormente ratificada por personas apoderadas, por resultar estos últimos aspectos irrelevantes para el dictamen del Tribunal.

2.2.2. El acuerdo de accionistas.

b) El Acuerdo entre accionistas suscrito por Telecartera y SOGECABLE prevé una participación accionarial paritaria, una representación paritaria en los órganos de administración que garantice el control conjunto de la sociedad Cablevisión, que el Presidente será nombrado a propuesta de una de ellas y el Consejero Delegado a propuesta de la otra, y el resto de los directivos de común acuerdo.

Sin perjuicio de los derechos de los demás accionistas, las partes se conceden mutuamente un derecho de adquisición preferente sobre las acciones y derechos de suscripción de la sociedad que cada una de ellas posea. Manifiestan su voluntad de obtener la totalidad del capital social y de proceder a una ampliación de capital. De mutuo acuerdo podrán ceder por mitad parte de sus acciones a un nuevo accionista, pero el acuerdo suscrito no podrá ser extendido a terceros y se impedirá un cambio de la mayoría. Con posterioridad a la firma de este Acuerdo, las partes han conseguido adquirir todas las acciones de Cablevisión, repartidas al 50%.

El Acuerdo entre accionistas establece que, durante la vigencia del mismo -cuya duración no se establece-, cada una de las partes se compromete a no promover ni participar, directa ni indirectamente, en ningún proyecto de prestación de servicios a los que se refiere el Acuerdo Estratégico, fuera del marco de cooperación del mismo, sin haber obtenido previamente el consentimiento expreso y escrito de la otra parte.

En el supuesto de que el acuerdo no pudiera desarrollarse en el seno de Cablevisión, las partes constituirán otra sociedad para la puesta en práctica de los proyectos comunes de TELEFONICA y CANAL PLUS.

2.2.3. Acuerdo no notificado: el contrato tipo Cablevisión - operadores de cable.

A lo largo del procedimiento seguido ante el Tribunal, el representante de Multitel y Santander de Cable ha aportado una copia del contrato-tipo a suscribir entre Cablevisión y las operadoras de cable a las que preste sus servicios. Aunque dicho contrato no ha sido objeto de notificación y, por tanto, las partes no pretenden su autorización en este procedimiento, sin embargo su análisis es del máximo interés a la hora de interpretar los pactos que, en los textos firmados por las partes y sus filiales, resultan ambiguos, sobre todo si se ponen en relación con las afirmaciones que, sobre los mismos, se contienen en la notificación.

En relación con el contrato tipo destaca cuanto sigue:

- Que de la exposición introductoria del mismo parece desprenderse que las operadoras que contraten con Cablevisión no podrán prestar servicios diferentes de los de distribución de canales de televisión, pago por visión y servicios multimedia interactivos.
- Cablevisión hace la prospección de nuevos socios locales.
- Cablevisión proporciona la programación general y decide los canales premium, y es la promotora de las novedades.
- Cablevisión se ocupa de conseguir que los programadores se hagan responsables de los daños que pudieran causar las deficiencias en sus señales.
- Cablevisión puede modificar la programación general y premium una vez al año, o antes con acuerdo de la operadora. Solamente tiene el compromiso de hacer lo posible para atender las solicitudes de modificaciones que sean iniciativa de la operadora.

- Cablevisión establece las tarifas que aplica la operadora. Esta solamente puede hacer promociones especiales con el consentimiento de Cablevisión. Cablevisión puede modificar las tarifas que aplica la operadora una vez al año, o en plazos inferiores con acuerdo de la operadora.

2.2.4. Acuerdo no notificado: el pacto TELEFONICA-Iberdrola

- La operadora comercializa y mantiene la relación directa con los abonados y asume los impagos, pero facilita mensualmente una relación de todos los abonados suscritos a los diferentes servicios de su red de cable.
- La operadora contrata la provisión de servicios y de programación de carácter local, pero lo comunica a Cablevisión que puede desaconsejar o impedir su emisión.
- El contrato tiene una validez de tres años, prorrogable tácitamente por igual plazo.
- Es motivo de rescisión del contrato, entre otros, que Cablevisión preste sus servicios a otra operadora en la misma demarcación comprendida en el ámbito territorial pactado.

TELEFONICA ha comunicado al Tribunal su pacto con Iberdrola de 18 de enero de 1996, cuyos puntos fundamentales son los siguientes:

- La creación de una empresa de cabecera que promueva y gestione la prestación de servicios de valor añadido de telecomunicaciones para el sector energético, así como otros servicios apoyados en telecomunicaciones.
- El desarrollo, junto con otros socios, de actividades y servicios en el sector de las telecomunicaciones, incluida la participación en Telecartera (que se establece en un 15%) y en operadoras locales participadas por TELEFONICA.
- El establecimiento de acuerdos para optimizar el uso de las infraestructuras.
- La proyección de esta colaboración al mercado hispanoamericano.

3. REMISIÓN DE INFORMACIÓN A LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS

Las partes del Acuerdo han recibido varias solicitudes de información por parte de los servicios de la Comisión Europea relativas a los acuerdos suscritos por TELEFÓNICA y Telecartera por un lado y CANAL PLUS España y Gestecable por otro en relación con la puesta en marcha del proyecto Cablevisión. Asimismo, CANAL PLUS Francia y PRISA también han sido destinatarias de cartas de los servicios de la Comisión Europea en relación con este asunto. Las partes notificantes han aportado al Tribunal copia de la documentación remitida a los servicios de la Comisión Europea hasta la fecha de redacción de este Informe

4. DELIMITACIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES

Al tratarse de una operación por la que dos empresas activas en mercados cercanos se ponen de acuerdo sobre su actuación futura en un mercado emergente que precisa de la utilización de una red de banda ancha, determinados dispositivos físicos y lógicos y la puesta a disposición de los usuarios de contenidos y servicios de alto valor añadido, resulta que existe un buen número de mercados de producto afectados por la operación.

4.1. Mercados de productos y servicios relevantes.

Los mercados de productos y servicios que pueden verse afectados por la operación notificada son:

- a) el uso de la infraestructura de red de cable por terceros
- b) los suministros para la implantación de redes mixtas fibra óptica/coaxial
- c) los servicios a las operadoras de televisión por cable
- d) los servicios de telecomunicaciones susceptibles de ser prestados en el futuro por operadoras de cable
- e) las tecnologías de cifrado, codificación y descodificación y acceso condicional, y las normas de difusión de señales digitales
- f) los suministros de descodificadores y tarjetas inteligentes
- g) la televisión de pago
- h) otros servicios interactivos a las economías domésticas, incluyendo el vídeo a la carta, lectura electrónica de contadores, teleasistencia, etc.
- i) la publicidad
- j) los derechos sobre programas audiovisuales.

De todos ellos, será necesario seleccionar aquéllos en los que las condiciones de competencia pueden verse más distorsionadas como consecuencia de la puesta en actividad de Cablevisión en las condiciones diseñadas por sus partícipes².

4.2. Mercados geográficos.

Los mercados geográficos pertinentes varían dependiendo de cada mercado de producto afectado: en principio pueden estimarse como mercados limitados al territorio de España los de uso de la infraestructura de red, de servicios a las operadoras de cable, los servicios futuros de telecomunicaciones, la televisión de pago, otros servicios interactivos y la publicidad. El resto de los mercados geográficos es, como mínimo, europeo y, en algunos casos como el de los derechos sobre programas audiovisuales, incluso mundial.

Es preciso tener en cuenta, además, que la definición del mercado nacional como el mercado afectado no implica necesariamente la ausencia de afectación del Mercado Común ni la ausencia de interés comunitario, teniendo en cuenta, por un lado, la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que establece que el territorio de un país miembro puede constituir una parte sustancial del Mercado Común³, y, por otro, las consecuencias que necesariamente se derivan para los mercados de las telecomunicaciones de las modificaciones que introduce el Tratado de Maastricht⁴.

Los mercados seleccionados se describen en el apartado cinco de este Informe (pág. 12).

²En la Decisión de 9.11.94 Asunto IV/M.469 - MSG Media Service (DOCE L 364/1), la Comisión Europea definió tres mercados de producto afectados: 1) el de los servicios administrativos y técnicos dirigidos a la televisión de pago, que incluye los enumerados en este dictamen con las letras c), e), f), h), i) y j); 2) la televisión de pago, que coincide con el enunciado con la letra g) y 3) las redes de televisión por cable que incluye los enumerados con las letras a) y b). Por el contrario, la diferente regulación de las telecomunicaciones existente en Alemania y en España en el momento del análisis de las dos operaciones determina la necesidad en el caso español de estudiar separadamente los efectos probables de la operación sobre la competencia en los servicios de telecomunicaciones susceptibles de ser prestados en el futuro por operadores de cable que se recoge en la letra d).

³STJCE de 17 de octubre 1972 As 8/72 Vereeniging Van Cementhandelaren.

⁴Según el art. 129 B.2 del Tratado: "En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Comunidad tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes..."

5. EFECTOS DE LA OPERACIÓN NOTIFICADA EN DICHS MERCADOS

Un análisis más detallado exige profundizar en los efectos de la operación notificada en los mercados más importantes de los enumerados y en aquéllos donde los efectos perjudiciales para la competencia pueden ser más graves, a saber: el uso de la infraestructura de las redes de cable por terceros, los servicios de telecomunicaciones, los suministros de descodificadores, la televisión de pago y los contenidos de programas audiovisuales.

5.1. Los efectos sobre el uso de las redes de cable por terceros.

El modelo de telecomunicaciones a través de cable elegido por el legislador español no permite que una única infraestructura de cable sea puesta a disposición de todos los terceros que quieran prestar algún tipo de servicio. Para ello, hubiera sido necesario que la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable (LTC) impusiera a TELEFONICA la obligación de permitir el acceso de terceros a su red a unos precios competitivos, transparentes y no discriminatorios. Por el contrario, la Ley prevé que TELEFONICA pondrá a disposición de las operadoras de cable habilitadas, que así lo deseen, sus infraestructuras de fibra óptica -la denominada red troncal-, pero las operadoras tendrán que realizar las inversiones necesarias para llevar mediante cable coaxial la señal desde un nodo (que se sitúa a unos 500 metros de las viviendas y que, por lo general, da cobertura a unos 1.000 o 2.000 hogares) hasta el hogar. La inversión necesaria para poner a disposición de cada hogar la comunicación por cable puede estimarse en torno a las 15.000 ptas, como mínimo. En los casos de las operadoras de cable filiales de TELEFONICA, las inversiones las asume TELEFONICA; en el resto de los casos, cada operadora tendrá que asumir su inversión, duplicándose el "paso de hogares" cuando en una demarcación coexistan una OLT y una operadora independiente.

El acuerdo notificado influye en el resultado futuro del uso de las redes de cable puesto que establece la compra exclusiva a Cablevisión de todos los servicios por las operadoras de cable, incluso los contenidos de los programas ofrecidos y la gestión de abonados por cuenta de ellas. Es impensable que una competidora de una OLT vaya a utilizar todos los servicios de Cablevisión y, dado que ésta ofrece sus servicios en bloque, es imposible que una operadora independiente decida competir con una OLT utilizando la misma infraestructura mixta de cable de fibra óptica-coaxial. Por tanto, conceder a Cablevisión la exclusiva de la prestación de servicios a las operadoras por cuenta de TELEFONICA y CANAL PLUS equivale a impedir que las operadoras no ligadas a TELEFONICA utilicen la red completa instalada por TELEFONICA en competencia con aquéllas.

5.2. Los efectos sobre los servicios de telecomunicaciones susceptibles de ser prestados en el futuro por operadoras de cable.

CANAL PLUS no es un candidato claro a competir con TELEFONICA en este ámbito y no cabría esperar que TELEFONICA permitiera a las OLTs que le hagan competencia en este campo. Luego el pacto de que TELEFONICA se reserve los servicios de telecomunicaciones no afecta directamente a la competencia futura entre los dos socios en el mercado de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, es patente que el acuerdo notificado constituye una defensa establecida por TELEFONICA para interponer elevadas barreras a la entrada de operadoras interesadas en participar en el futuro en el mercado español de telecomunicaciones. Este es el auténtico objetivo de la operación y el aspecto más grave de los acuerdos notificados.

Caben dos posibilidades:

- 1) Que, con la alianza con CANAL PLUS, TELEFÓNICA consiga impedir la implantación en España de grupos con vocación de servicios integrales de telecomunicaciones. En ese caso, habrá conseguido mantener de facto el monopolio sobre el bucle local de abonado (que es el tramo desde la última centralita hasta el domicilio del abonado) que en la actualidad, y previsiblemente hasta 1998, tiene de iure.
- 2) Que como consecuencia de la autorización de un segundo operador de cable prevista por la LTC, resulten ganadores de los concursos en las demarcaciones más importantes alguno o algunos de los grupos denominados MSOs⁵. Entonces cabrá la posibilidad de que a medio plazo desaparezca el monopolio de facto que TELEFÓNICA tiene de partida sobre el bucle local de abonado, una vez que se liberalice la telefonía vocal, puesto que los abonados de una operadora de cable tienden a abonarse también a sus servicios telefónicos si los ofrece, dadas las ventajas de todo tipo que suelen conceder a sus abonados.

En opinión del Tribunal las barreras de entrada que crea la alianza entre TELEFÓNICA y CANAL PLUS se unen a las limitaciones impuestas por la LTC y dicha alianza puede suponer un serio obstáculo a la competencia futura en los servicios de telecomunicaciones por cable en España más allá de los derivados de la promulgación de la LTC.

⁵ *Multiple system operators.*

5.3. Los efectos sobre el suministro de descodificadores y tarjetas inteligentes.

La elección de las tecnologías de cifrado, codificación y descodificación y acceso condicional, y las normas de difusión de señales digitales se hará de acuerdo con las utilizadas y preconizadas por CANAL PLUS, es decir: "Syster/ Nagravision" como sistema de cifrado, "MPEG II" para codificación, descodificación y difusión de señales digitales y "Simulcrypt" para acceso condicional de televisión digital.

En la actualidad, CANAL PLUS utiliza un descodificador "Syster" fabricado por Eurodec que se suministra desde Francia a los seis países donde funciona CANAL PLUS. Se trata de un descodificador direccionable pero no interactivo, con capacidad para 12 canales y diseñado específicamente para descodificar señales hertzianas, por lo que es un equipo obsoleto desde la perspectiva de los servicios interactivos a través de banda ancha. El parque actualmente instalado en España por CANAL PLUS es de 1.200.000 descodificadores que no son propiedad de los abonados sino que son cedidos en depósito a éstos por el grupo CANAL PLUS. El interés de CANAL PLUS en controlar el momento de la sustitución del parque de descodificadores y, por tanto, del paso de la televisión analógica a la televisión digital y a los servicios multimedia interactivos, es indudable. No es difícil prever que la sustitución de los descodificadores por otros de mayores prestaciones solamente se hará cuando el parque actualmente instalado se considere suficientemente amortizado por el grupo CANAL PLUS, todo ello en perjuicio de los usuarios españoles de servicios múltiples de telecomunicaciones por cable.

Desde la perspectiva del nuevo parque de descodificadores a instalar, es preciso calcular como mínimo unos dos millones respecto a los ya instalados. El coste de dicho parque depende de sus características tecnológicas, pero incluso con un mínimo de prestaciones puede calcularse en unos 100.000 millones de ptas.

La elección del descodificador por CANAL PLUS entrega directamente este volumen de ventas potencial a Eurodec y sus licenciatarias, sin posibilidad de competencia por parte de otros descodificadores.

En el mercado europeo de los descodificadores, la alianza entre TELEFONICA y CANAL PLUS para el mercado español va a suponer la elección de un modelo de descodificador obsoleto e inadecuado para las prestaciones necesarias y la obtención por su fabricante de un mercado cautivo.

5.4. Los efectos sobre el mercado de servicios para operadoras de cable.

Cablevisión puede convertirse en la única empresa significativa en la prestación de servicios a operadoras de cable, puesto que parte de una reserva de mercado importantísima: la que ofrecen todas las OLTs. Aunque en la notificación se manifiesta que Cablevisión solamente cuenta con un derecho preferente de suministro de bienes y servicios a las OLTs, del análisis del contrato-tipo entre Cablevisión y las operadoras que sean sus clientes se desprende que Cablevisión solamente ofrece la posibilidad de suministrar a la operadora todos los servicios que ésta precisa, que la intención de las partes notificantes es que Cablevisión suministre todos esos servicios a las operadoras filiales de TELEFONICA y a aquéllas que no pertenezcan a un grupo de servicios audiovisuales múltiples (MSO), siempre que no compitan en una demarcación con una filial de TELEFONICA y que Cablevisión no corre ningún riesgo empresarial, que traspasa íntegramente a las operadoras, por la vía de establecer sus precios mediante un prorrateo de costes entre ellas, al que se añade un mark-up para cada tipo de servicio prestado y exigir que sean las operadoras quienes corran con los riesgos de impagos de los abonados.

Asegurándose la crema del negocio de los servicios a operadoras y la ausencia de riesgos, es prácticamente imposible que aparezca en el mercado alguna otra empresa que preste servicios integrales a las operadoras de cable, de modo que los potenciales inversores, además de tener que financiar las inversiones necesarias a partir de la red troncal, necesitan ocuparse directamente del suministro de cada uno de los servicios imprescindibles para las operadoras, con las inversiones y los riesgos que conlleva y todo ello si han conseguido ganar los concursos para las distintas demarcaciones, que irán convocándose desordenadamente y resolviéndose con criterios independientes para cada demarcación.

La alianza de TELEFONICA y CANAL PLUS y la oferta de los servicios de Cablevisión como un paquete completo destinado a las operadoras que no compitan con las filiales de TELEFÓNICA va a suponer la inexistencia de otras suministradoras de servicios a operadoras y el cierre del mercado de la operación del cable a los grupos MSO competidores potenciales de la alianza.

5.5. Los efectos sobre el mercado de la televisión de pago.

El mercado de televisión de pago es el mercado más inmediatamente afectado, y la influencia de la alianza en su desarrollo futuro depende totalmente de cuáles sean los efectos de las limitaciones impuestas a los grupos de Operadoras en cuanto al número de abonados máximo sobre las decisiones de inversión, tanto

de TELEFÓNICA como de sus posibles competidores. Dependiendo de cuáles sean las previsiones sobre futuros usuarios de los servicios de televisión por cable y su grado de coincidencia con los actuales abonados de CANAL PLUS, puede resultar que el pacto por el que CANAL PLUS ofrece la exclusividad de su programación codificada, como canal premium, a Cablevisión y, por tanto, a las OLTs que cuenten con competencia en su demarcación, constituya un abuso de posición de dominio de CANAL PLUS en el mercado de la televisión por cable, dado que trata de obtener el cierre del mercado emergente de los servicios de telecomunicaciones por cable, contrario al espíritu, aunque no a la letra, de la LTC.

5.6. Los efectos sobre los programas audiovisuales.

Para establecer una oferta de televisión por cable por parte de una operadora de cable, es necesario que ésta cuente con una red de cable que llegue hasta el domicilio del potencial abonado, que cuente con los equipos y lógicos necesarios para la captación de señales, su cifrado, codificación, acceso condicional, y descodificación, con un servicio de gestión de abonados y atención al cliente y con unos contenidos audiovisuales que ofrecer a éstos. De los cuatro elementos imprescindibles, de acuerdo con los pactos de los notificantes TELEFONICA se reserva la aportación de la red y la comunicación de las señales, y el resto se los cede a CANAL PLUS que se convierte en el promotor de todo el sistema, en la central de compras, en su administrador y en su jefe de marketing.

A pesar de que la LTC reserva un 40% de la programación ofrecida por todas las operadoras a los programadores independientes, es indudable que el principal competidor de éstos es el que decide qué programaciones incluye y cuáles no y el que cuenta con toda la información de audiencia de los abonados de las operadoras suministradas por Cablevisión y, por tanto, con la capacidad de programar de acuerdo con los gustos mostrados por la audiencia y de utilizar la información sobre la composición de los grupos de aficionados a distintas temáticas para la posterior explotación comercial de dicha información para mailing, patrocinios, ventas por catálogo, etc.

La última versión conocida del Proyecto del Reglamento de Desarrollo de la LTC ha introducido modificaciones tendentes a exigir a las operadoras de cable que ofrezcan un mínimo de información a los programadores independientes que les permita planificar sus ofertas futuras de acuerdo con las preferencias reveladas por los abonados a través de los análisis de audiencia, de modo que se podría paliar una de las principales quejas expresadas por Antena 3 ante el Tribunal.

Por otra parte, la Secretaría General de Telecomunicaciones tiene la intención de que el porcentaje del 40% se cuantifique en número de canales dedicados y no en tiempo de programación emitida u otro indicador más ajustado. Es sencillo suponer que CANAL PLUS mostrará su preferencia por canales con programaciones poco competitivas y baratas, lo que unido a la limitación del número de canales que admite el descodificador traerá consigo inevitablemente la ausencia de competencia efectiva entre programadores.

En conclusión, dejar en manos de CANAL PLUS la decisión de la programación que deban ofrecer las operadoras del entorno Cablevisión supondrá convertir en papel mojado la limitación a la programación propia impuesta por la Ley e impedir un desarrollo sano del negocio de programación de contenidos audiovisuales por grupos españoles.

6. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Una operación por la que se pone en actividad una empresa en participación puede ser calificada como alianza estratégica cooperativa y/o como operación de concentración.

Para calificar la operación notificada es preciso hacer un análisis de cuál es el tratamiento jurídico que merece la constitución de empresas en participación en la legislación española y en la comunitaria, y su aplicación al caso concreto.

6.1. Consecuencias de la calificación jurídica de la operación.

La calificación jurídica que se dé a la operación objeto de análisis tiene importantes consecuencias puesto que de la misma dependerá su legalidad, el procedimiento administrativo a seguir, los órganos que tienen competencia para adoptar la decisión y los efectos de dicha decisión.

Así pues, la calificación de una empresa en participación como de carácter cooperativo o concentrativo conlleva importantes consecuencias jurídicas, entre las que destacan:

a) Distinta naturaleza y efectos.

Los acuerdos de cooperación, si no han sido notificados previamente a las Autoridades Nacionales o Comunitarias de la Competencia para su autorización, son prácticas restrictivas de la competencia de carácter ilícito y, en consecuencia, nulos de pleno derecho y sancionables con importantes multas.

Las operaciones de concentración son operaciones lícitas aunque sometidas a control de la Administración Nacional o Comunitaria.

b) Diversa competencia para su enjuiciamiento.

La decisión sobre si un acuerdo de cooperación restringe la competencia en el mercado nacional o puede ser autorizado corresponde exclusivamente al Tribunal. Si la operación tiene dimensión comunitaria, porque afecta al comercio intracomunitario o porque afecta a una parte sustancial del territorio comunitario, existe una competencia compartida entre la Comisión Europea y el Tribunal Español mientras la Comisión Europea no adopte una decisión formal de iniciación del procedimiento o recabe la competencia para sí⁶. El Tribunal no tiene, en cambio, competencia para la autorización de acuerdos restrictivos con alcance comunitario, que corresponde en exclusiva a la Comisión Europea.

La decisión sobre la autorización de una operación de concentración económica de dimensión nacional corresponde al Gobierno, previo dictamen preceptivo y no vinculante del Tribunal. Si se trata de una concentración de dimensión comunitaria, la competencia corresponde en exclusiva a la Comisión Europea⁷.

c) Diversidad de procedimientos.

El procedimiento para lograr la autorización de un acuerdo de cooperación se encuentra regulado en el R.D. 157/1992 si es de dimensión nacional y en el Reglamento CEE nº 17/1962 del Consejo si es de dimensión comunitaria.

El procedimiento de control de las operaciones de concentración de empresas se encuentra regulado en los arts. 14 y ss. de la LDC y en el R.D. 1080/1992 si es de dimensión nacional y por el Reglamento CEE nº 4064/1989 si es de dimensión comunitaria.

d) Distinto alcance temporal de la autorización.

La autorización singular de un acuerdo de cooperación es temporal (generalmente se concede por 5 años en el caso nacional y por plazos muy variados en el caso comunitario) y revocable.

La autorización de una operación de concentración es permanente e irrevocable.

⁶Art. 9 del Reglamento CEE nº 17/1962 y art. 1 del R.D. 1882/1986.

⁷Art. 1 del Reglamento CEE nº 4064/1989.

6.2. Calificación con arreglo a la legislación española de competencia.

La constitución de empresas en participación no está contemplada de manera expresa en la LDC.

En efecto, en dicha Ley se regulan, por un lado, los acuerdos entre operadores económicos que restrinjan la competencia en el mercado nacional (Art. 1 del Capítulo I, De las conductas prohibidas y autorizadas), cuya competencia de resolución corresponde al Tribunal y, por otro, las concentraciones de empresas o tomas de control de una empresa por parte de otra empresa o grupo de empresas (Art. 14 del Capítulo II, De las concentraciones económicas), cuya competencia de autorización, de autorización con condiciones o de prohibición corresponde al Consejo de Ministros, aunque cabe la autorización tácita sin condiciones por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, si en el plazo de un mes desde la presentación de notificación voluntaria no ha remitido el expediente al Tribunal por orden del Ministro de Economía y Hacienda, o por parte del Tribunal, si en el plazo de tres meses no emite el dictamen previsto y lo remite al citado Ministro para su elevación al Consejo de Ministros.

Como consecuencia de la existencia de dos órganos de resolución diferentes en los casos de acuerdo y de concentración, en la legislación española no es posible tratar una operación simultáneamente como acuerdo cooperativo y como concentración, y en los casos complejos es necesario optar por su calificación en uno u otro sentido⁸.

Las empresas en participación, como ya se ha indicado, se encuentran en la frontera entre ambas figuras legales, ya que presentan características y elementos típicos tanto de un acuerdo entre operadores económicos como de una operación de concentración de empresas. Así pues, la constitución de una empresa en participación podrá ser considerada bien como un acuerdo de cooperación o bien como una concentración. En principio, se calificará como una forma de cooperación cuando su finalidad sea el coordinar las estrategias competitivas de las empresas matrices y, como una operación de concentración entre distintos operadores económicos cuando su objetivo sea el integrar en una sola empresa las actividades que desarrollan las matrices.

No siempre resulta fácil determinar cuándo la constitución de una empresa en participación tiene carácter concentrativo o cooperativo, principalmente porque no hay pautas ni en la legislación ni en la jurisprudencia española.

Como la LDC otorga la competencia para la resolución de cada uno de los tipos de operación a distintos órganos, el Tribunal ha establecido la doctrina de que,

⁸Ver Resolución del TDC de 14 de julio de 1993, Expte. A 51/93.

ante una operación concreta, es necesario determinar, con carácter previo a la iniciación de un procedimiento, si son más importantes los elementos cooperativos o concentrativos que contiene con el fin de que, a partir de ese momento, se tramite por un solo procedimiento y se resuelva por un solo órgano.

6.3. Calificación con arreglo a la normativa comunitaria de competencia.

Por el contrario, en las normas comunitarias de competencia no sucede lo mismo, el órgano comunitario que tiene encomendada la decisión es en los dos casos la Comisión Europea y la tramitación la realizan sus servicios de la DG.IV. Como consecuencia de ello, bajo la normativa comunitaria es posible analizar las operaciones complejas separando sus aspectos concentrativos de sus elementos cooperativos, cuando éstos no son restricciones accesorias imprescindibles para la efectividad de la concentración.

Así, el Reglamento CEE nº 4064/1989 del Consejo, establece en su art. 3.2, al definir las concentraciones:

"Una operación, incluida la creación de una empresa común, que tenga por objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes no constituirá concentración..."

"La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí, ni entre éstas y la empresa común constituirá una operación de concentración..."

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación sobre la distinción entre las empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo (DOCE C 385 de 31.12.1994) a los efectos de interpretación del Reglamento CEE nº 4064/1989 sobre control de concentraciones.

En dicha Comunicación se establecen los requisitos que ha de reunir una empresa en participación para poder ser calificada de concentrativa:

- a) Existencia de control conjunto de las matrices.
- b) Independencia de la filial.
- c) Que la constitución de la empresa en participación signifique un cambio estructural permanente y duradero.

- d) Que no exista (o que la empresa en participación no sirva para) coordinación de las estrategias competitivas de las matrices.

En la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración (DOCE C 203 de 14.8.1990) se establece que las restricciones accesorias "directamente vinculadas a la realización de la operación de concentración y necesarias para su realización" deben considerarse, según el vigésimoquinto considerando del Reglamento CEE nº 4064/1989, relacionadas con la operación de concentración, con independencia de cuál hubiera sido su tratamiento con arreglo a los arts. 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea caso de haberse considerado de forma aislada o en un contexto económico diferente [2] (favor concentrationis). En este caso no se trata de restricciones en detrimento de terceros, sino que limitan la propia libertad de acción de las partes en el mercado. Así pues, si son una consecuencia inevitable de la operación de concentración deberán considerarse conjuntamente con ella en virtud del art. 2 del Reglamento. Si, por el contrario, las restricciones respecto a terceros son dissociables de la operación, podrán ser analizadas de forma independiente, en su caso, para comprobar su compatibilidad con los arts. 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea[3].

Por otro lado, la Comisión Europea ha tenido ocasión de analizar diversos casos de empresas en participación en el sector de las telecomunicaciones y en todos ellos, salvo en uno, decidió tratarlas jurídicamente como supuestos de acuerdos de cooperación (Vid. MEGARED; BT-MCI, ATLAS, GEN; IPSP, CMC-TALKLINE; SIEMENS-ITALTEL. En el caso MSG, el único en el que se consideró a la empresa en participación como concentrativa, la resolución del Comité Consultivo de Expertos de los Estados Miembros sobre la calificación de la operación en el sentido indicado se adoptó por mayoría; por otra parte, la operación no fue autorizada). Pero la carta de la DG.IV a los notificantes de la operación de Cablevisión, en la que se refiere a las actuaciones de los servicios de la Comisión Europea en dicho asunto, contiene, como anexo, una nota de justificación de la decisión tomada en cuanto a la calificación de la operación de Cablevisión, en la que se afirma que la citada operación MSG es casi idéntica (en cuanto a la naturaleza de las empresas matrices y el mercado en el que desarrollará su actividad la empresa común).

6.4. Aplicación de la LDC y la doctrina del Tribunal al caso concreto.

Si se aplica la normativa española, el caso tiene que resolverse unívocamente, para lo cual es necesario determinar si en una operación compleja, como la presente, debe prevalecer su aspecto concentrativo o su aspecto cooperativo.

La operación notificada tiene un elemento concentrativo, que es la puesta en funcionamiento de una empresa común para que opere en el mercado emergente de los servicios que van a demandar las operadoras de cable, retirándose las empresas matrices de dicha actividad. En este sentido, no cabe duda que la configuración de Cablevisión como una central de compras y de servicios relacionados con la televisión por cable para las operadoras locales, preferentemente de TELEFÓNICA (OLTs), y la cláusula octava del acuerdo entre los accionistas de Cablevisión, según la cual cada una de las partes se compromete a no promover ni participar en ningún proyecto de prestación de servicios a los que se refiere el Acuerdo Estratégico, fuera del marco de cooperación establecido en el mismo, sin haber obtenido el consentimiento expreso y por escrito de la otra parte, refuerzan el carácter concentrativo de la creación de la empresa en participación.

La operación notificada tiene también varios elementos cooperativos, a saber: 1) El acuerdo para participar conjuntamente en el futuro mercado de las telecomunicaciones, creando una nueva sociedad si fuera preciso. 2) Los pactos relativos a las operadoras locales de cable: la planificación y puesta en marcha en común de las operadoras de cable filiales de TELEFÓNICA (OLTs) que prevé la LTC, con un reparto claro de las competencias entre las dos matrices; los pactos dobles de no competencia de las matrices entre sí y el compromiso de que las operadoras de cable no harán la competencia a TELEFÓNICA en su mercado principal y tampoco contratarán con competidores de CANAL PLUS; y la estipulación de que el grupo CANAL PLUS tendrá una participación en el capital social de las OLTs. 3) El acuerdo de actuación conjunta en el mercado de la televisión por satélite. 4) El pacto por el que se reserva para el futuro a CANAL PLUS, a través de Cablevisión, su actual negocio (programación, alquiler de descodificadores y gestión de abonados). Y 5) La exclusiva para el cable concedida a Cablevisión de la programación codificada de CANAL PLUS como canal premium.

Para determinar si esta operación debe ser calificada como concentrativa o como cooperativa es necesario responder a tres preguntas, atendiendo a los elementos de hecho y de derecho notificados:

- a) Si la operación de concentración puede llevarse a cabo sin la presencia de los elementos cooperativos o, si por el contrario, los elementos cooperativos son pactos de naturaleza necesariamente accesoria a la operación de concentración.

En este caso, la puesta en funcionamiento de Cablevisión como empresa suministradora de bienes y servicios a las operadoras de cable que se creen como consecuencia de la aplicación de la LTC puede llevarse a cabo sin necesidad de que las matrices suscriban los pactos que

acompañan a la puesta en marcha de la empresa conjunta y que tienen naturaleza concentrativa.

- b) Si los pactos cooperativos solamente tienen consecuencias para las propias matrices y su empresa en común o, por el contrario, repercuten en terceros. Como ya se ha puesto de manifiesto, los pactos que se han recogido en los numerales 1 a 5 no tienen solamente efectos interpartes sino que trascienden de ellas y repercuten sobre los terceros participantes en los mercados afectados.
- c) Si los principales efectos probables sobre las condiciones de competencia futura en los mercados afectados se derivan más bien de la concentración o de los pactos cooperativos que la acompañan.

En el caso analizado, una concentración pura consistente en crear Cablevisión para la oferta de bienes y servicios a operadoras de cable y el pacto de sus matrices de cederle dicho mercado no tendría muchos de los efectos restrictivos de la competencia que han sido analizados en el apartado 5.

Teniendo en cuenta lo anterior hay que concluir que, desde la perspectiva de la LDC, los elementos cooperativos de la operación tienen un mayor peso que los elementos concentrativos, de modo que la operación constituye, a juicio de este Tribunal, una alianza estratégica de carácter cooperativo sometida a las previsiones de los arts. 1, 3 y 6 de la LDC.

6.5. Aplicación de las normas comunitarias de competencia al caso concreto.

A la misma conclusión puede llegarse incluso utilizando los criterios enumerados en la Comunicación de la Comisión Europea de 1994, anteriormente citada.

En efecto, aplicando estos criterios al caso que nos ocupa resulta:

- a) Que, si bien puede afirmarse la existencia de control conjunto por parte de TELEFONICA y CANAL PLUS sobre la empresa en participación, al menos desde el mes de julio de 1995, en el que se suscribe el Acuerdo Estratégico entre las matrices, lo cierto es que Cablevisión existía, como empresa en participación, desde el año 1992 (siendo sus socios a partes iguales: Abengoa, SOGECABLE, en la actualidad CANAL PLUS, y Telecartera, del Grupo TELEFONICA) sin que sus accionistas la atribuyeran carácter concentrativo.

- b) Que la empresa Cablevisión puede desempeñar las funciones de una entidad autónoma, en cuanto se la ha dotado de capital, recursos humanos y medios suficientes para desarrollar su actividad.

Sin embargo, la escasa importancia de los servicios que Cablevisión va a prestar por el momento en comparación con la amplitud de uno de los mercados relevantes afectados, cual es el mercado futuro de los servicios de telecomunicaciones por cable, y el hecho de que las matrices se mantengan activas en los mercados situados por encima y por debajo de aquél en el que desarrolla su actividad la empresa en participación, nos llevan a concluir que Cablevisión no desempeña, en dicho mercado, todas las funciones de una empresa independiente. Así pues, parece que Cablevisión actúa, en buena medida, como una filial común limitada a dar apoyo a las actividades comerciales de las empresas matrices. (En este sentido, el representante de TELEFÓNICA manifestó ante la Comisión del Tribunal, en primer lugar, el carácter de central de compras de Cablevisión; en segundo lugar, la existencia de una tutela de TELEFÓNICA sobre la misma; y, en tercer lugar, que la actividad preferente de Cablevisión es prestar servicios a las OLTs de TELEFÓNICA. Todo ello se confirma, a mayor abundamiento, por el contenido del contrato-tipo a suscribir entre Cablevisión y las operadoras de cable que sean sus clientes).

- c) Que, tampoco parece que se dé en este caso el requisito de un cambio sustancial y permanente en la estructura del mercado afectado ni en la estructura de las empresas que participan en la operación.

En efecto, en primer lugar, hay que señalar que un cambio estructural permanente y duradero es difícil que se dé en los mercados emergentes. En estos mercados, al no estar consolidados, las decisiones estratégicas tienen que ser modificadas día a día. Así lo han reconocido tanto TELEFÓNICA como CANAL PLUS al relatar las constantes y casi permanentes adaptaciones de los acuerdos estratégicos suscritos.

Por otra parte, no se ha producido ni una modificación de la estructura del poder de decisión de las empresas partícipes ni una modificación irreversible de las estructuras de producción o comercialización de los partícipes, de modo que éstos se vean desprovistos incluso de su capacidad para ser competidores potenciales. Aunque debe señalarse que los notificantes han acordado su retirada del mercado de los servicios que prestará Cablevisión (que, como se ha dicho, se limitan a los técnicos, administrativos y de gestión dirigidos a las operadoras locales de cable) de forma que su presencia en dicho mercado se realizará exclusivamente a través de dicha sociedad.

- d) Asimismo se puede afirmar que, en el caso que nos ocupa, falta igualmente el último de los requisitos anteriormente señalados, que no haya una coordinación de la política competitiva de las empresas matrices que pueda provocar una restricción sensible de la competencia en el sentido del apdo. 1 del art. 85 del Tratado de la Unión Europea.

Como dice la Comunicación de la Comisión Europea, no hay peligro de coordinación cuando las empresas matrices no desarrollan actividades en los mismos mercados que la empresa en participación o en mercados relacionados en sentido ascendente o descendente. En el caso analizado, por el contrario, TELEFÓNICA y CANAL PLUS están presentes en los mismos mercados que su empresa común y en los mercados cercanos, ascendentes y descendentes y ésta es precisamente la razón por la que pactan no competir entre ellas y no competir con su empresa común, sino más bien repartirse los servicios que ésta ha de prestar.

TELEFÓNICA es propietaria de la red principal de banda ancha y opera en todos los mercados de servicios de telecomunicaciones. Se reserva la prestación de la infraestructura necesaria a las OLTs y la comunicación de las señales.

CANAL PLUS opera en los mercados de captación de clientes de televisión de pago, servicios de cifrado, codificación, acceso condicional y descodificación; gestión de abonados de televisión de pago; producción y contratación de contenidos audiovisuales, y oferta de televisión de pago. Se reserva todo el resto de los servicios que Cablevisión va a prestar a las operadoras locales, excepto la programación local y el cobro a los abonados de éstas.

Además hay que tener también en cuenta que, incluso cuando las empresas matrices acuerdan retirarse del mercado o pactan la renuncia a entrar en dicho mercado en el futuro, mantienen siempre una presencia comercial, un nombre o reputación y unos conocimientos técnicos que les permiten ser considerados competidores potenciales.

En conclusión, aunque la operación presenta un cierto carácter concentrativo en la parte que se refiere a la creación de una empresa en participación por otras empresas multiproducto, sin embargo, no reúne los requisitos exigidos para poder calificar la operación notificada como de concentración. Antes bien, el análisis pormenorizado de los mismos lleva a la conclusión contraria de que estamos en presencia de un acuerdo de cooperación.

No obstante, es indudable que la operación tiene elementos de concentración que, con arreglo a la doctrina y a las Comunicaciones dictadas por la Comisión Europea, pueden ser objeto de un tratamiento separado de los elementos

cooperativos, pero sólo ante dicha instancia y si se tramita la operación por el procedimiento de Derecho Comunitario.

6.6. Opinión del Tribunal sobre la dimensión comunitaria de la operación de concentración.

Con la comunicación a las partes de que, a juicio de los servicios de la Comisión Europea, se trata de una concentración de dimensión comunitaria, la Comisión Europea ha remitido una nota justificativa de su opinión, que contiene las siguientes afirmaciones:

- A) Cablevisión es una sociedad controlada conjuntamente por TELEFÓNICA y CANAL PLUS España.
- B) CANAL PLUS España es una sociedad que está controlada conjuntamente por PRISA y CANAL PLUS Francia.
- C) La reactivación de Cablevisión, como empresa en participación, es una operación de naturaleza concentrativa.
- D) La citada operación es de dimensión comunitaria.

El Tribunal, tras requerir infructuosamente en múltiples ocasiones a los representantes legales del Grupo PRISA y de CANAL PLUS la aportación de información complementaria sobre la estructura interna de CANAL PLUS, y basándose únicamente en los datos que obran en el expediente, considera a este respecto:

- A.- Que Cablevisión está controlada conjuntamente por Telecartera (TELEFÓNICA) y CANAL PLUS España. Así pues, el Tribunal comparte las opiniones expresadas a este respecto por los servicios de la Comisión Europea.
- B.- Que CANAL PLUS España está controlada conjuntamente por PRISA y CANAL PLUS Francia. En este punto el Tribunal comparte la conclusión de la Comisión Europea, aunque no todos los argumentos empleados en su justificación. Interpreta de la misma forma el contenido del Acuerdo de 31 de marzo de 1989 y del Protocolo de colaboración de 26 de julio de 1991.

En el mes de julio de 1995, fecha en que, según los notificantes, se produce la concentración, estaba en plena vigencia el Protocolo de colaboración suscrito el 26 de julio de 1991 por PRISA y CANAL PLUS Francia, según el cual las partes manifestaban su voluntad de (1) mantener una participación

paritaria en el capital de la sociedad CANAL PLUS España, que se ajustaría si la legislación española permitiera participaciones accionariales mayores del 25% en las sociedades concesionarias de un canal de televisión privado; (2) estar representadas paritariamente en los órganos de dirección de CANAL PLUS España; (3) tener una presencia mayoritaria en el Consejo de Administración, que se logra con cinco puestos cada una sobre un total de 20, lo que les otorga también la mayoría de votos en el Consejo, puesto que uno de los accionistas (Société de Noyange) ha renunciado a cubrir el puesto que le corresponde en el Consejo y el consejero-secretario no tiene derecho de voto; (4) asegurar la continuidad en el pacto de voto; (5) nombrar de común acuerdo al director ejecutivo; (6) definir conjuntamente la estrategia de CANAL PLUS España; y (7) participar de manera conjunta y paritaria en la sociedad de producción cinematográfica SOGEPAQ.

Dicho compromiso no era sino la continuación del Acuerdo de Intenciones de 31 de marzo de 1989, de un año de validez, por el que PRISA y CANAL PLUS Francia se concertaban para constituir una sociedad (en la que, por imperativo legal, cada una solamente podía detentar una participación accionarial del 25%, por lo que además pactaban que entre las dos sociedades seleccionarían al resto de los accionistas) para concurrir por la concesión de un canal de televisión privada en España.

En este Acuerdo se contemplaba además la cooperación de los firmantes en el mercado de la televisión de pago, la constitución de la empresa SOGECABLE (para alquilar los descodificadores y explotar los canales de televisión por satélite), la explotación de redes de televisión por cable, el desarrollo de nuevos proyectos en España, la asociación en proyectos europeos y la participación conjunta en los proyectos de televisión en lengua española.

Por otra parte, como han resaltado los servicios de la Comisión Europea, destaca el hecho de que, por lo que se refiere a la imagen existente en el mercado, CANAL PLUS España utiliza el mismo nombre registrado por CANAL PLUS Francia, un logotipo similar y ofrece unos contenidos casi idénticos.

Además, existen otros elementos de hecho, que no han sido puestos de manifiesto por los servicios de la Comisión Europea, y que abundan en la certidumbre de que CANAL PLUS Francia y PRISA controlan conjuntamente la sociedad CANAL PLUS España, tales como que CANAL PLUS España utiliza la misma tecnología de cifrado, codificación, acceso condicional y descodificación, los mismos descodificadores y los mismos canales de contratación de derechos, o que, en la alianza estratégica suscrita con el Grupo Bertelsmann y notificada a la Comisión Europea el 9 de diciembre de

1994, CANAL PLUS Francia se reserva el mercado de España, lo cual carecería de sentido si no tuviera, junto con PRISA, la capacidad de control de CANAL PLUS España⁹.

El Tribunal considera que estos hechos no se desvirtúan como consecuencia del Acuerdo de 17 de octubre de 1995, firmado unánimemente por todos los accionistas de CANAL PLUS España, por el que se reconoce que la gestión ha sido atribuida a PRISA, puesto que:

- en primer lugar, un pacto extrasocietario suscrito en documento privado entre todos los socios no puede modificar un pacto anterior entre dos socios que además cuentan con la mayoría de los votos. Asimismo, PRISA puede conseguir la cooperación de la sociedad EVENTOS, S.A. (que está participada en un 16'68% de su capital por la Sociedad "Promotora de Publicaciones, S.L.", que a su vez es accionista mayoritario con el 73'81% de PRISA) cuyo representante en el Consejo de Administración de CANAL PLUS España es persona que ha desempeñado cargos directivos en empresas pertenecientes al mismo grupo.
- en segundo lugar, porque en dicho Acuerdo se establece, de un modo taxativo, que la facultad encomendada a PRISA no merma los derechos de cada accionista ni los poderes de los órganos sociales en los que están todos los accionistas.

Por otra parte, tampoco se desvirtúa la anterior apreciación por el hecho de que recientemente, el día 12 de febrero de 1996, CANAL PLUS Francia y PRISA hayan modificado el Protocolo de colaboración de 26 de julio de 1991, anteriormente citado, puesto que, de un lado, este hecho no afecta a la situación existente en el momento en que, según los notificantes, tuvo lugar la operación calificada de concentración y, de otro, existen manifestaciones oficiales realizadas por CANAL PLUS Francia ante la DG.IV, en las que incluye a CANAL PLUS España como pieza importante de su estrategia en Europa y España, como parte del territorio atribuido a CANAL PLUS Francia en el reparto de mercados acordado con el Grupo Bertelsmann en la alianza estratégica, a la que se ha hecho referencia en un momento anterior, para el establecimiento de canales de televisión de pago y servicios en un entorno digital a través de Europa.

Por consiguiente, todo induce a pensar que CANAL PLUS Francia ha venido ejerciendo junto con PRISA los derechos que le confiere el protocolo citado y por esa vía ha tenido una influencia determinante en el funcionamiento de la empresa. Si así no hubiera sido, sería imposible que

⁹ Ver DOCE C 168/8 1995, sobre información de una notificación realizada el 9.12.1994.

CANAL PLUS España se comportara de forma tan similar a CANAL PLUS Francia. Solamente si los accionistas de CANAL PLUS España hubieran nombrado, en Junta General, a PRISA como administrador único de la sociedad, antes de que la operación de concentración hubiera tenido lugar, podría alegarse que CANAL PLUS Francia no ejerce ni había ejercido una influencia determinante en CANAL PLUS España.

C.- Que la operación objeto de análisis es de naturaleza esencialmente cooperativa. El Tribunal ya ha expresado, en el apartado 6.5, las razones por las que no comparte la tesis expresada por los servicios de la Comisión Europea en cuanto a la naturaleza concentrativa de Cablevisión, puesto que considera que los acuerdos cooperativos entre TELEFONICA y CANAL PLUS España impiden que Cablevisión se comporte en el mercado como una empresa que puede decidir su propia estrategia comercial y porque Cablevisión, en buena medida, constituye precisamente un instrumento para la coordinación de la estrategia competitiva de sus matrices en los mercados principales de ambas.

En contra de lo expresado por los servicios de la Comisión Europea, el Tribunal considera que el acuerdo de cooperación de las matrices en el marco de las operadoras filiales de TELEFÓNICA no puede quedar disociado de la puesta en funcionamiento de Cablevisión, puesto que dicha cooperación constituye la base del mercado creado para Cablevisión e impone barreras de entrada a los posibles competidores de Cablevisión en el mercado de los servicios a las operadoras de cable, a los posibles competidores de las OLTs y de TELEFÓNICA en el mercado de los servicios de telecomunicaciones por cable, a los posibles competidores de Eurodec en el mercado de los descodificadores y a los posibles competidores de CANAL PLUS en los mercados de televisión de pago y de programación de contenidos audiovisuales.

D.- Que la operación parece ser de dimensión comunitaria, con los datos que obran en poder del Tribunal, tanto si es calificada de alianza cooperativa, como si lo es de concentración o de ambas cosas a la vez.

En efecto, si la operación se califica como acuerdo de cooperación, es susceptible de ser encuadrada en los arts. 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea. Como ya se ha expresado en el apartado 4.2 de este Informe, la definición del mercado nacional como el mercado especialmente afectado no implica necesariamente la ausencia de afectación del mercado común, ni la ausencia de interés comunitario, si se tiene en cuenta, por un lado, la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia que establece que el territorio de un país miembro puede constituir una parte sustancial del

Mercado Común¹⁰ y, por otro, las consecuencias que necesariamente se derivan para todo el sector de las telecomunicaciones del contenido de las modificaciones que introduce el Tratado de Maastricht¹¹ en el Tratado de la Unión Europea.

Por otra parte, si la operación se califica de concentración, entrarán en el cómputo del cálculo del volumen de negocios para determinar la dimensión comunitaria de la concentración, según lo dispuesto en los arts. 1.2, 3.3 y 5.4 del Reglamento CEE nº 4064/1989, las siguientes empresas: Cablevisión, Telecartera y SOGECABLE/CANAL PLUS España, como empresas de referencia, y TELEFONICA, PRISA y CANAL PLUS Francia, como empresas que disponen de derechos de control o de influencia decisiva en las empresas de referencia.

Las cifras de negocios obtenidas por el Tribunal correspondientes a estas empresas se reflejan en el cuadro siguiente:

M. Pesetas	SOGECABLE	CANAL PLUS	PRISA	TELEFONICA
MUNDIAL	5572	39160	50714	1578850
COMUNIDAD	5572	39086	49699	1330814
ESPAÑA	5195	39074	49410	1306398
Nacional/CE	93,23%	99,97%	99,42%	98,17%
M. Ecus	SOGECABLE	CANAL PLUS	PRISA	TELEFONICA
MUNDIAL	34,7	243,8	315,8	9832,9
COMUNIDAD	34,7	243,4	309,5	8288,2
ESPAÑA	32,3	243,3	307,7	8136,1
Nacional/CE	93,23%	99,97%	99,42%	98,17%

CANAL PLUS FRANCIA		
M. Francos F	1993	1994
MUNDIAL	8.675	9.566
COMUNIDAD	8.568	9.050
FRANCIA	x x x	x x x

CANAL PLUS España debe ser considerada como una empresa controlada conjuntamente por PRISA y CANAL PLUS Francia, puesto que,

¹⁰Ver nota 2.

¹¹Ver art. 129 B.2 del Tratado de la Unión Europea, citado en nota 3.

siguiendo lo establecido por el art. 3.3 del Reglamento, "el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, y en particular:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;
- b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa".

CANAL PLUS Francia debe ser considerada, según el art. 5.4. c) del Reglamento, como una empresa que dispone, conjuntamente con PRISA, de la facultad de designar a más de la mitad de los miembros del Consejo de Administración y del derecho a dirigir las actividades de CANAL PLUS España, que es una de las empresas afectadas.

Atendiendo a dicha interpretación, el Tribunal estima que CANAL PLUS Francia y PRISA controlan conjuntamente CANAL PLUS España y, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 del Reglamento, el volumen de negocios de CANAL PLUS España debe incluir el correspondiente de las dos empresas matrices, con lo que se alcanza el criterio de transnacionalidad previsto en el último inciso del apartado 2 del art. 1 del Reglamento y, por consiguiente, la concentración tiene dimensión comunitaria.

6.7. Consecuencias de las actuaciones de la Comisión Europea.

En el momento de redactar el Informe, los servicios de la Comisión Europea (DG.IV) han llegado a la conclusión y así se lo han comunicado a los notificantes el día 6 de febrero de 1996 y al Tribunal el día siguiente, de que la operación tiene carácter concentrativo, por lo que se refiere a la configuración de Cablevisión como empresa prestadora de servicios a las operadoras de redes de televisión por cable, y es de dimensión comunitaria, aunque existen otros elementos de las condiciones pactadas para el funcionamiento de las operadoras locales de cable que podrían ser objeto de un análisis bajo los arts. 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea. Asimismo, han invitado a TELEFONICA, PRISA y CANAL PLUS a que notifiquen formalmente la pretendida operación de concentración en el plazo más breve posible, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento CEE nº 4064/1989.

No consta ni que las partes hayan presentado la notificación ni que la Comisión Europea haya adoptado todavía una decisión formal sobre la dimensión comunitaria de la operación de concentración, que sus servicios consideran que se encuentra incluida en los acuerdos notificados a las Autoridades Españolas de Defensa de la Competencia.

En tales circunstancias el Tribunal considera que lo más adecuado es recomendar al Gobierno que se abstenga de adoptar un acuerdo sobre la operación notificada hasta que se produzca una decisión formal de la Comisión Europea sobre el tema, a la vista de que, según lo previsto en el art. 21 del Reglamento CEE nº 4064/1989, sobre control de concentraciones:

"1. La Comisión tendrá la competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en este Reglamento, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia.

2. Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su legislación nacional en materia de competencia a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria".

Una vez adoptada la decisión formal por la Comisión Europea, si su contenido fuera la reafirmación de la dimensión comunitaria de la operación, el Gobierno podría, en virtud de lo dispuesto en el art. 9 del citado Reglamento Comunitario, solicitar el reenvío del caso a las autoridades españolas competentes para que fueran éstas las que decidieran, dado que la operación amenaza con crear o reforzar una posición dominante, de la que resultaría la obstaculización de una competencia efectiva en un mercado en el interior de España, que presenta todas las características de un mercado definido, tanto si se trata como si no de una parte sustancial del mercado común. Si la respuesta de la Comisión Europea fuera negativa, el Reino de España podría interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia según el art. 173 del Tratado de la Unión Europea, y pedir, en particular, la aplicación del art. 186 del Tratado de la Unión Europea a efectos de la aplicación de su legislación nacional en materia de competencia.

Si, por el contrario, la decisión de la Comisión Europea considerara la operación de concentración de dimensión nacional, el Gobierno debería oponerse a la operación y ordenar a la Dirección General de Defensa de la Competencia que incoara el correspondiente expediente sancionador por las denuncias presentadas por Antena 3 y Multitel, en el curso del cual Cablevisión, TELEFONICA y CANAL PLUS podrían solicitar una autorización singular para los acuerdos notificados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38.2 de la LDC.

El Tribunal no puede paralizar el expediente y suspender el plazo preclusivo de tres meses ni abstenerse de emitir el dictamen, si el Ministro no revoca su orden

de remitir el expediente al Tribunal para dictamen ni el Tribunal tiene la certeza de que es firme la decisión de la Comisión Europea de considerar la operación sometida a lo previsto en el Reglamento CEE nº 4064/1989, pues, de lo contrario, se produciría un supuesto de autorización tácita en los términos que señala el párrafo segundo del número 4 del art. 15 de la LDC.

7. VALORACIÓN ECONÓMICA

Para hacer una valoración económica del proyecto notificado, es necesario examinar los puntos fuertes de las empresas participantes en el mismo en relación con sus competidoras, para concluir cuál será el resultado probable para las condiciones de competencia que se derivará de dicho proyecto en los diferentes mercados afectados en comparación con lo que resultaría en ausencia de dicha alianza y con todo el resto de las condiciones iguales, y si de la operación se derivan beneficios de eficiencia en cuanto a la mejora de los sistemas de producción y comercialización y al fomento del progreso técnico o económico, o beneficios para la competitividad internacional de la industria nacional, o ventajas para los usuarios que sean suficientes para compensar los efectos restrictivos de la competencia detectados.

7.1. Puntos fuertes de la posición de TELEFONICA

- 1) Tiene la red de cable mixta y el Plan Fotón en marcha y la LTC le ofrece la posibilidad de financiar y poner a disposición de sus OLTs las inversiones fundamentales necesarias para la puesta en funcionamiento de dichas operadoras de cable, que no tienen así que aportar recursos financieros importantes, al contrario de lo que ocurre con el resto de operadoras que quieran entrar en el mercado.
- 2) Tiene habilitación legal para constituir una OLT en todas las demarcaciones que se creen, si lo solicita en tiempo y forma. Si no la constituye, renuncia hasta 1998.
- 3) De momento no hay ninguna alternativa de retorno para los servicios interactivos.
- 4) Tiene acceso directo a unos 10 millones de hogares, con un total de 15 millones de líneas por ser abonados a los servicios telefónicos. Su actual cartera de clientes incluye a la práctica totalidad de los usuarios potenciales. Conoce su gasto telefónico y su localización exacta, de modo que puede hacer una selección depuradísima y por tramos de zonas de interés y clientes.

- 5) Tiene la mayor expertise del país en telecomunicaciones y en gestión de redes.
- 6) Participa en Unisource, que es una empresa común constituida por TELEFONICA, Telia (operadora sueca), KPN (holandesa) y Swiss Telecom en el mercado internacional de transmisión de datos, lo que puede proporcionarle en el futuro una ventaja competitiva adicional.
- 7) El más importante de todos: Cuenta con la seguridad de no encontrarse enfrente, a medio plazo -puesto que no cabe esperar que la vigente LTC pueda mantener sus limitaciones una vez que se liberalicen todas las telecomunicaciones- ninguna operadora de televisión por cable muy potente (no más de millón y medio de abonados). Mientras tanto, podrá participar mayoritariamente y controlar a las OLTs establecidas en las demarcaciones que ella elija, que serán previsiblemente las más rentables.

TELEFONICA también estará sometida a la limitación del millón y medio de abonados para la televisión por cable pero, a cambio, contará con el efecto disuasorio para una gran empresa multinacional que supone la imposibilidad a corto plazo de establecer un plan comercial muy agresivo que la permita encontrarse en posición de competir en el mercado de telecomunicaciones una vez que quede totalmente liberalizado.

Por muy importante que sea la apuesta de una multinacional, eventualmente interesada, no va a saber por cuánto tiempo se establece el monopolio/duopolio para cada demarcación, ni va a conocer cuál va a ser la evolución en el tiempo de los concursos para cada demarcación, ni siquiera va a tener toda la información de las demarcaciones que van a crearse y a cuáles de ellas va a acceder TELEFÓNICA como competidora en cable. Y mucho menos va a tener la seguridad de que se le adjudiquen todos los concursos en los que participe.

A ello hay que añadir la doble estrategia seguida por TELEFÓNICA de asegurarse en exclusiva el CANAL PLUS y de ofrecer una participación sustancial a las instituciones locales más activas (medios de comunicación, cajas de ahorro y, en su caso, incluso autoridades autonómicas o municipales). Ante tal cúmulo de ventajas competitivas de salida, es difícil esperar que haya ningún grupo poderoso interesado en competir con TELEFÓNICA, al menos hasta que no se modifiquen sustancialmente las reglas del juego, momento en que probablemente ya será tarde para hacerse un hueco en el mercado de los

servicios de telecomunicaciones o, por lo menos, TELEFÓNICA habrá ganado mucho tiempo y muchos clientes a cualquier operador potencial.

7.2. Puntos fuertes de la posición de CANAL PLUS.

- 1) Pertenece al grupo multimedia más fuerte de España y a un grupo europeo potente.
- 2) Cuenta con una importante base de abonados para explotar, puesto que la televisión por cable compite directamente con la televisión de pago por ondas hertzianas en todas aquellas zonas geográficas donde la conexión al cable sea posible. Es imprescindible para ella asegurarse de que va a conservar sus clientes y de que éstos no se irán a otra cadena de televisión por cable. Y lo que es todavía más importante, con la alianza con TELEFÓNICA se asegura que sus descodificadores, ya instalados, son los que van a permitir el acceso inicial de la televisión a los hogares de sus abonados que sean "pasados" por el cable. Tal como se interpreta la LTC por las autoridades del MOPTMA, CANAL PLUS no tiene la obligación de poner el uso de sus descodificadores a disposición de las operadoras de cable competidoras con las OLTs.
- 3) Es la única empresa establecida en España con expertise en comercialización y gestión de televisión de pago.
- 4) Tiene gran expertise en programación, una buena cartera de derechos de emisión (fútbol, cine, toros y deportes singulares como boxeo, tenis o golf) y está participada por un grupo comprador importante.

Con el proyecto Cablevisión se asegura el control de las adquisiciones de contenidos por parte de todas las operadoras del grupo TELEFÓNICA y de las operadoras independientes, que no compitan en las demarcaciones atribuidas a éstas, el control de la evolución de la televisión analógica por cable a la televisión digital y servicios interactivos varios y un negocio exento de riesgo y muy lucrativo.

No es la función del Tribunal, en el marco de este expediente, hacer una valoración del modelo lento de liberalización de las telecomunicaciones elegido por la Administración Sectorial (MOPTMA), pero es indudable que los acuerdos presentados para su autorización deben ser estudiados en el marco de dicho modelo para determinar cuál es el escenario alternativo, cuál es el objetivo de la alianza y cuál es su efecto previsible sobre la competencia futura en los

mercados afectados, en ausencia de dichos acuerdos y permaneciendo igual la regulación.

7.3. El escenario alternativo a la alianza estratégica.

Tras el análisis de los puntos fuertes de cada una de las empresas participantes en la alianza se concluye que el escenario alternativo, consistente en que CANAL PLUS prestara su expertise a las operadoras no filiales de TELEFÓNICA o a todas las que se lo demandaran y no tuviera asegurado el mercado para sus programaciones, sería mucho más atractivo desde la perspectiva de la pluralidad: TELEFÓNICA tendría que ofrecer un paquete de programación alternativo, probablemente un descodificador diferente del de CANAL PLUS; las operadoras concesionarias no filiales de TELEFÓNICA podrían competir sobre la base de una programación cuyo éxito en el público español ya ha sido contrastado y la ventaja que supone la existencia de 1,2 millones de descodificadores ya instalados, y los programadores independientes podrían disfrutar del margen que les ofrece la LTC.

La alianza impide a todas las operadoras la contratación de diferentes servicios a diferentes suministradores, y desincentiva la oferta de paquetes alternativos de programación, limitando las posibilidades de elección de programas y servicios interactivos por parte de los usuarios dispuestos a pagar por los servicios recibidos a través del cable.

El negocio de la televisión por cable es solamente un fracción del negocio de las telecomunicaciones. Pero lo que se discute en este expediente no es quién se situará en mejor posición para ser el líder en el suministro futuro de televisión por cable, sino si a TELEFÓNICA le conviene o no establecer una operadora de cable en cada una de las demarcaciones que se creen y si, una vez tomada la decisión por TELEFÓNICA, habrá algún competidor interesado en acudir al concurso para obtener una concesión. Y, por tanto, lo relevante es quién va a estar en disposición de ofrecer todos los servicios de telecomunicaciones a través del cable. Para lo cual, los primeros ingresos que se van a obtener son los de los servicios de televisión por cable. Ni que decir tiene que las inversiones necesarias para "pasar un hogar" y para poner en marcha un servicio de televisión por cable no se justifican con los meros ingresos de las cuotas de abono a la televisión por cable. La parte importante del cuadro financiero que soporte una decisión de inversión vendrá determinada por la estimación de los servicios futuros integrales que pueda prestar una operadora de cable una vez que se vaya liberalizando la prestación de servicios de telecomunicaciones. Pero es indudable que el primero que llegue partirá en mejor posición para la carrera.

7.4. El objetivo de la operación notificada.

En opinión del Tribunal, la operación, tal como ha sido notificada, es principalmente una alianza estratégica tendente a asegurarse que no va a haber ningún competidor con potencialidades suficientes en ninguno de los mercados principales de las dos participantes en la operación, es decir, en el mercado de los servicios de telecomunicaciones dominado por TELEFÓNICA y en el mercado de televisión de pago dominado por CANAL PLUS. TELEFÓNICA se asegura, en exclusiva, la expertise de la programación y comercialización de televisión de pago demostrada por CANAL PLUS. Como la LTC le asegura la prioridad en la elección de las demarcaciones en que quiere actuar a través de sus OLTs, puede utilizar el compromiso de exclusividad de CANAL PLUS para frenar la entrada en el mercado de prestación de servicios a través del cable de competidores que, tras la liberalización de todas las telecomunicaciones a partir de 1 de enero de 1998, podrían suponer una competencia seria en todo el mercado de servicios de telecomunicaciones, para el que no reza la limitación establecida en la LTC de un máximo de 1,5 millones de abonados. CANAL PLUS se asegura su futuro, que puede verse amenazado ante la competencia de otros medios técnicos de televisión de pago, y además obtiene una participación de hasta el 29% en las operadoras de cable concedidas a TELEFÓNICA sin necesidad de competir por el mercado. El resto de la participación en el capital de las OLTs se ofrece a los medios de comunicación regionales y entidades financieras locales, principalmente cajas de ahorro.

La aportación de Iberdrola al proyecto de TELEFÓNICA no tiene para ésta un interés directo, puesto que no puede ofrecerle nada sustancialmente distinto de lo que ya tiene. Los competidores de Cablevisión consideran que el pacto se deriva más bien del interés de TELEFÓNICA en impedir que Iberdrola pueda ofrecer su participación en proyectos competidores y del hecho de que el grupo BBV forma parte del núcleo duro de TELEFÓNICA y tiene una participación significativa en el capital de CANAL PLUS España.

Desde una perspectiva económica, la operación notificada tiene un elemento concentrativo -la constitución de una empresa común que va a encargarse en el futuro de las actividades económicas de prestación de servicios en los mercados relacionados con la operación a través de cable y el compromiso de las matrices de no operar en el mercado cedido a la empresa en común- y varios elementos cooperativos -la planificación y puesta en marcha conjunta de las operadoras de cable filiales de TELEFÓNICA (OLTs) que prevé la LTC; los pactos dobles de no competencia entre las matrices entre sí y el compromiso de que las operadoras de cable no harán la competencia a TELEFÓNICA en su mercado principal y no contratarán con competidores de CANAL PLUS; el acuerdo de que el grupo CANAL PLUS tendrá una participación en el capital social de las OLTs y se

reservará el suministro de bienes y servicios a éstas, y la concesión a Cablevisión de la exclusiva para el cable del CANAL PLUS como canal premium.

Dichos pactos cooperativos suponen las siguientes restricciones de la competencia que no son necesarias para la simple puesta en operación de Cablevisión como suministradora de bienes y servicios de las operadoras de cable:

- a) TELEFÓNICA cede a CANAL PLUS la participación en la planificación y puesta en marcha de las OLTs, le atribuye la competencia de análisis de mercados potenciales, suministro de bienes y servicios incluidos los descodificadores, las decisiones sobre programación a ofrecer por las operadoras, la fijación de sus precios, el marketing y la gestión de abonados y le asegura, a través de Cablevisión, la continuación en el campo del cable de su negocio actual en el campo de la televisión de pago por ondas hertzianas y una participación en el capital de las OLTs.
- b) TELEFÓNICA asegura a CANAL PLUS que sus operadoras no contratarán con competidores de CANAL PLUS.
- c) TELEFÓNICA y CANAL PLUS pactan su actuación conjunta en el mercado de televisión por satélite.
- d) TELEFÓNICA y CANAL PLUS pactan que, si es necesario, constituirán una sociedad común para su participación conjunta en el mercado de telecomunicaciones.
- e) CANAL PLUS concede a Cablevisión la exclusiva para el cable de su programación codificada como canal premium.
- f) Cablevisión ofrece sus servicios a las operadoras de cable como un paquete cerrado.

Por todo lo expuesto, pese a los elementos concentrativos detectables en la operación notificada, la conclusión que se extrae del análisis de la operación es que se trata de una alianza estratégica cooperativa, cuyos elementos concentrativos no son suficientemente importantes para hacerla acreedora del tratamiento más favorable previsto por la LDC para el control de concentraciones.

7.5. Efectos de la alianza sobre la competencia futura en los mercados afectados.

En el apartado 5 se han analizado los efectos probables sobre la competencia en los mercados más claramente afectados por la operación notificada. En ninguno de dichos mercados se ha detectado un efecto favorable a la competencia y, por el contrario, en cada uno de ellos se puede percibir que la operación va a dificultar seriamente e incluso a impedir la entrada de nuevos operadores que no sean Cablevisión y las operadoras filiales de TELEFÓNICA.

En estas circunstancias, desde la perspectiva de la competencia futura en el mercado de servicios de telecomunicaciones en España y de todos los demás mercados afectados, lo que conviene es que cuanto antes aparezcan en cada demarcación al menos los dos operadores que permite la LTC que, al tener que competir entre sí, activen la prestación de nuevos servicios y permitan al usuario la comparación y la elección.

7.6. Los beneficios de eficiencia.

La operación tiene aspectos positivos y negativos desde el puro análisis de eficiencia, que es necesario estudiar separadamente.

Los aspectos positivos se derivan fundamentalmente de que se produzca una alianza entre grupos de empresas que se dedican a actividades complementarias y, por tanto, cuentan con puntos fuertes que se refuerzan entre sí al unirse. Sin embargo, los beneficios de eficiencia se van a notar fundamentalmente a corto plazo: Cablevisión va a estar en condiciones de prestar servicios comerciales a las operadoras incluso antes de que éstas puedan comenzar a operar según las limitaciones que les impone la LTC, cuando compitan en una demarcación con otra operadora. Va a conocer los nichos de población donde resulta más interesante invertir y los gustos de los usuarios potenciales y va a contar inmediatamente con todos los contenidos necesarios para ofrecer un paquete general y algún paquete premium a sus primeros usuarios. Asimismo, la creación en Cablevisión de una gran central de compras tiene elementos de ahorro de costes importantes, que podrían trasladarse a los precios si no existiera poder monopolístico.

Sin embargo, también existen en la operación elementos de ineficiencia a corto plazo, derivados fundamentalmente de una mala elección del descodificador con el que se va a iniciar la prestación de servicios por las operadoras servidas por Cablevisión y de que el control de los contenidos y de la gestión de abonados que el proyecto concede a CANAL PLUS traerá consigo el rechazo de los

contenidos ofrecidos por sus principales competidores o, a lo sumo, su oferta como canal premium sin capacidad por el programador para analizar su aceptación y decidir sobre programaciones futuras.

Por otra parte, existen elementos de ineficiencia a medio y largo plazo que se derivan de las barreras que se imponen artificialmente a la entrada de nuevos operadores en los diferentes mercados afectados. La existencia de competidores supone un acicate indudable para las empresas que, ante la competencia, aceleran la innovación y tratan por todos los medios de rebajar sus costes y mejorar y ampliar sus servicios. Como ya se ha indicado, la alianza, caso de seguir adelante, va a suponer un retraso en la oferta de televisión digital y servicios interactivos por la utilización de un descodificador inadecuado salvo que no consiga impedir totalmente la competencia de MSO. Asimismo, si la alianza consigue impedir esta competencia, dificultará indudablemente la oferta futura de servicios integrales de telecomunicaciones.

7.7. Las ventajas de un campeón español.

Tampoco parece que sea necesario exagerar la ventaja que, para la economía española, puede suponer la creación de un campeón español en telecomunicaciones logrado como consecuencia de la barrera impuesta a la entrada de otros futuros operadores en el mercado de telecomunicaciones español. Los altísimos costes de las telecomunicaciones pagados por las empresas españolas como consecuencia del monopolio de TELEFÓNICA suponen una fuerte rémora a sus posibilidades de competitividad internacional, y no es probable que TELEFÓNICA vaya a modificar sus costumbres si no es aguijoneada por la fuerte competencia.

Nadie duda hoy que en España se habría retrasado sine die la puesta en funcionamiento de la telefonía móvil digital según norma GSM, con las enormes ventajas que supone para las comunicaciones internacionales, si TELEFÓNICA no se hubiera encontrado frente a un competidor agresivo como Airtel, ni tampoco que la espectacular bajada de las tarifas de las llamadas internacionales no se habría producido de no haber proliferado la creación de empresas que ofrecen servicios de call back.

7.8. Las ventajas para los consumidores.

Los potenciales usuarios localizados en las zonas de mayor interés para las operadoras verán aumentar la rapidez con la que podrán contar con los servicios normales de televisión por cable, y verán empeorar sus posibilidades de contar con servicios técnicamente más avanzados como la televisión digital y los servicios audiovisuales interactivos a través de cable.

Los actuales usuarios de televisión por cable de operadoras pequeñas con redes coaxiales pueden ver desaparecer el servicio que ahora reciben en el plazo de tres años, puesto que Cablevisión no parece tener interés en diseñar un sistema que haga compatible las previsiones de la LTC respecto a estos operadores con la continuación de su servicio. En las zonas urbanas más importantes en que se comercializan servicios de televisión por cable (la ciudad de Murcia por ejemplo), TELEFÓNICA ha anunciado su intención de crear una OLT e incluso de disputar los clientes a las actuales operadoras mediante la oferta de servicios gratuitos por un plazo determinado.

En cuanto a los precios pagados por los usuarios por los servicios de televisión por cable, la comparación de las tarifas practicadas actualmente por CANAL PLUS España, en práctico monopolio, con los que practica su homóloga Première en Alemania, que tiene que hacer frente a la competencia, permite pronosticar, sin riesgo de equivocación, que la consecución de un monopolio de facto por la alianza se va a traducir en altos precios para los consumidores localizados en todas aquellas demarcaciones en que se haya disuadido a los potenciales competidores de su entrada en el mercado.

Lo mismo ocurrirá con las tarifas a pagar por todos los servicios de telecomunicaciones en aquellas demarcaciones en que el contenido del acuerdo consiga desanimar la entrada de los competidores de los operadores de TELEFÓNICA y, por tanto, proteger el monopolio de TELEFÓNICA sobre el bucle de abonado.

De todo lo expuesto se concluye que, desde una perspectiva económica, los acuerdos notificados no constituyen principalmente una operación de concentración económica sino una alianza estratégica de carácter cooperativo, con efectos restrictivos de la competencia y cuyos escasos efectos favorables desde la perspectiva de la eficiencia, la competitividad internacional de la industria española y los intereses de los consumidores no pueden, ni con mucho, compensar dichos efectos restrictivos detectados.

El Tribunal no puede autorizar ni, en su caso, dictaminar favorablemente la concesión de una autorización de pactos o acuerdos que supongan una barrera

de entrada adicional al eventual segundo operador, ni que favorezcan el que en una demarcación no se instale ningún operador, porque TELEFÓNICA no esté interesada en instalarse, o lo que es peor, porque sus pactos con CANAL PLUS eviten que un tercero esté interesado en acudir al concurso, ni tampoco que, como consecuencia de la reserva de mercado que obtiene CANAL PLUS, se impida la actividad de nuevas empresas prestadoras de servicios a las operadoras de cable y programadoras de contenidos audiovisuales.

Y ésto es precisamente lo que puede ocurrir si se autorizan los pactos notificados.

8. CONCLUSIONES

Primera El Tribunal considera que la operación notificada, aunque tiene importantes elementos concentrativos, no constituye una operación de concentración económica desde la perspectiva de la legislación nacional de competencia.

No sucede lo mismo en el ámbito del Derecho Comunitario en el que es posible separar los elementos concentrativos de los puros aspectos cooperativos, de modo que, en dicha instancia, es posible aplicar, por un lado, el procedimiento previsto para el control de concentraciones y, por otro, el previsto para acuerdos restrictivos de la competencia y abuso de posición de dominio.

Segunda. Los servicios competentes de la Comisión Europea (DG.IV) han comunicado por escrito a las partes notificantes y a las empresas afectadas, así como al Tribunal, que consideran que la operación notificada a las Autoridades Españolas de Competencia comprende, entre otras cosas, una operación de concentración económica de dimensión comunitaria, cuya competencia exclusiva de control corresponde a la Comisión Europea.

A pesar de que la Comisión Europea no ha adoptado todavía una decisión formal al respecto, el Tribunal mayoritariamente considera que, en estas circunstancias, debe informar al Gobierno que, si se pronunciara sobre la operación de puesta en actividad de la sociedad Cablevisión, dicha decisión estaría viciada de nulidad y podría generar además una responsabilidad patrimonial de la Administración e incluso un proceso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al haber sido tomada la decisión por un órgano manifiestamente incompetente.

Por todo ello, el Tribunal es de la opinión que el Gobierno debería abstenerse de pronunciarse sobre el expediente en cuestión, hasta tanto no recaiga una decisión formal de la Comisión Europea sobre la dimensión comunitaria o nacional de la operación.

Tercera Por otra parte, el Tribunal sostiene que, si el asunto no fuera de dimensión comunitaria y, en consecuencia, fuera de aplicación exclusiva la legislación nacional de competencia, dado que con arreglo a la misma resulta imposible la separación de los aspectos cooperativos y concentrativos de la operación, el Gobierno debería ordenar al Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador por los arts. 1 y 6 de la LDC y, en su caso, por los arts. 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea, sin perjuicio de las facultades que el art. 25.b de la Ley atribuye al TDC y de que los notificantes pudieran solicitar en este caso la correspondiente autorización.

Lo mismo sucedería si se determinara por la Comisión Europea que no hay lugar a la aplicación del Reglamento CEE nº 4064/1989 porque no se trata de una operación de concentración sino de acuerdos o prácticas susceptibles de encuadramiento en los arts. 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea.

Cuarta El Tribunal considera que los pactos notificados van a tener el efecto de dificultar la aparición en España de algún grupo inversor interesado en convertirse en competidor de TELEFÓNICA en el negocio de la operación de cable y cerrar el mercado a posibles competidores de Eurodec y los fabricantes de sus descodificadores, de Cablevisión como suministradora de servicios para operadoras de cable y de CANAL PLUS como programadora de contenidos audiovisuales para la televisión por cable, disminuyendo las posibilidades de elección de los usuarios y aumentando los precios a pagar por ellos por todos los servicios que se presten en el futuro a través del cable. Además, como ha señalado el Tribunal en su informe sobre "La Competencia en España", este tipo de restricciones a la competencia producen una reducción de las inversiones en el sector, desincentivan la innovación y repercuten negativamente sobre el empleo.

Cerrar el mercado a potenciales competidores en la operación de cable hoy va a provocar que se sufra una enorme rémora en los servicios globales de telecomunicaciones mañana, manteniendo el aislamiento de las empresas españolas en general y sus dificultades para beneficiarse de la globalización de los mercados.

Dichos perjuicios a los competidores potenciales y a los usuarios españoles no compensan, ni con mucho, las indudables ventajas de eficiencia que se derivan de aunar las fuerzas de los líderes nacionales en las actividades complementarias precisas para la puesta en marcha de los servicios prestados a través del cable, ni tampoco las ventajas que puedan derivarse para la competitividad internacional de estas dos empresas españolas.

De modo que las ventajas estratégicas de una alianza entre TELEFÓNICA y CANAL PLUS no compensan los efectos perjudiciales que su monopolio de facto puede causar sobre el mercado de telecomunicaciones.

Quinta. Así pues, desde la perspectiva del interés público que tutela la LDC, el Tribunal considera que la operación, en los términos en que ha sido notificada, no puede ni debe ser autorizada.

Por cuanto antecede el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emite el siguiente

DICTAMEN

Primero Recomendar al Gobierno que no se pronuncie sobre la operación notificada hasta que por la Comisión Europea se adopte una decisión formal sobre el tema.

Segundo Recomendar al Gobierno que, en el supuesto de que se adopte una decisión por la Comisión Europea y ésta sea la de considerar la operación, objeto del presente expediente, como una concentración de dimensión comunitaria, solicite la remisión del caso a la Autoridad Española para que se aplique la legislación nacional de defensa de la competencia, dado que la operación obstaculiza de manera significativa la competencia efectiva y refuerza las posiciones de dominio existentes en el mercado español, que presenta todas las características de un mercado definido.

Si la solicitud a que se refiere el párrafo anterior no fuera tomada en consideración por la Comisión Europea, se podría presentar el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo caso, el Tribunal considera que, por razones de interés público, el Gobierno debe oponerse a la operación en los términos en que ha sido notificada.

Tercero Recomendar al Ministro de Economía y Hacienda, sin perjuicio de las facultades que otorga a este Tribunal el art. 25 b de la Ley, que ordene continuar la tramitación de las denuncias presentadas por diversos interesados contra los acuerdos objeto de este expediente, en su totalidad o en la parte que no quede afectada por la decisión de la Comisión Europea.

ORDEN DE 14 de marzo 1996 por la que se hace público el ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS de 1 de marzo de 1996 por el que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, se aprueba la operación de concentración consistente en la toma de control conjunta de “Sociedad General de Cablevisión, Sociedad Anónima”, por “Telefónica de España, Sociedad Anónima” y “Sociedad de Gestión de Cable, Sociedad Anónima”/ “Sociedad de Televisión Canal Plus, Sociedad Anónima”, mediante la suscripción de dos acuerdos firmados por las partes el 26 de julio de 1995, subordinando tal aprobación a la observancia de determinadas condiciones.

En cumplimiento del artículo 15 del Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de defensa de la competencia en concentraciones económicas, y la forma y contenido de su notificación voluntaria, he dispuesto hacer público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de marzo de 1996, por el que, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, se aprueba la operación de concentración consistente en la toma de control conjunta de “Sociedad General de Cablevisión, Sociedad Anónima”, por “Telefónica de España, Sociedad Anónima” y “Sociedad de Gestión de Cable, Sociedad Anónima”/ “Sociedad de Televisión Canal Plus, Sociedad Anónima”, mediante la suscripción de dos acuerdos firmados por las partes el 26 de julio de 1995, subordinando tal aprobación a la observancia de determinadas condiciones, que a continuación se relaciona:

“Vista: La notificación voluntaria realizada al Servicio de Defensa de la Competencia por “Telefónica de España, Sociedad Anónima” por una parte y “Sociedad de Gestión de Cable, Sociedad Anónima”, por otra. Resultando que por la Dirección General de Defensa de la Competencia se procedió al estudio del mencionado expediente, elevando propuesta acompañada de informe al excelentísimo señor Ministro de Economía y Hacienda, quien resolvió remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, según lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, por entender que dicha operación de concentración podría afectar al mantenimiento de una competencia efectiva

en el mercado español de telecomunicaciones por cable. Resultando: Que la operación de concentración notificada consiste en la toma de control conjunta de “Sociedad General de Cablevisión, Sociedad Anónima”, por “Telefónica de España, Sociedad Anónima” y “Sociedad de Gestión de Cable, Sociedad Anónima”/ “Sociedad de Televisión Canal Plus, Sociedad Anónima”, a través de un acuerdo estratégico suscrito por Canal Plus y Telefónica el día 26 de julio de 1995 y de un acuerdo de accionistas suscrito por Telecartera y Sogecable en la misma fecha. Resultando: Que el Tribunal de Defensa de la Competencia, tras el estudio del mencionado expediente, ha emitido dictamen que ha sido incorporado al expediente y tenido en cuenta por este Consejo para dictar el presente Acuerdo.

Considerando: que, según el artículo 17 de la Ley de 16/1989, la competencia para decidir sobre estas cuestiones corresponde al Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda.

Vista la normativa de aplicación, El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, acuerda: Subordinar la aprobación de la operación de concentración notificada, de acuerdo con lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989, a la observancia de las siguientes condiciones:

Condiciones relativas a la futura relación contractual entre Cablevisión y las Operadoras Locales de Telefónica (OLT):

1. Corresponderá a Cablevisión las decisiones sobre programación a ofrecer por las OLTs, el análisis de mercados potenciales, y, en general, la adopción de las demás decisiones relativas al suministro a las OLTs de bienes y servicios.
2. Su contrato con Cablevisión no podrá impedir las OLTs, ni las demás operadoras a las que Cablevisión preste servicios, contratar con otras programadoras diferentes de Canal+.
3. Ni Cablevisión ni las OLTs y demás operadoras a las que dé servicio tendrán la exclusividad como canal “premium” de la emisión herziana de Canal+.
4. Los precios de abono de los usuarios a los servicios ofrecidos por las OLTs y demás operadoras se fijarán por ellas mismas, sin que puedan ser impuestos por Cablevisión.

Condiciones relativas a los acuerdos estratégicos y de accionistas entre Telefónica y Canal+ de fecha 26 de julio de 1995:

1. Deberán revocarse, además del apartado J) sobre exclusividad, el apartado E) del acuerdo estratégico, relativo a posibles actuaciones conjuntas en el campo de la televisión por satélite. Las partes podrán, en su caso, solicitar su autorización, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley de Defensa de la Competencia.
2. Deberá revocarse la estipulación décima del acuerdo entre accionistas.

Condiciones relativas a Canal+:

1. Deberán modificarse los Estatutos sociales en los términos jurídicos idóneos para alcanzar, con arreglo a la legislación mercantil, los siguientes resultados:
 1. Precisarán ser aprobados por los dos tercios del número total de Consejeros los siguientes acuerdos:

Los relativos a cualesquiera actuaciones de Canal + en materia de telecomunicaciones por cable, cuando tales actuaciones tengan efecto en España o en la Unión Europea.

Los de desarrollo del acuerdo estratégico entre Canal+ y Telefónica.
 2. En caso de que se produzca alguna vacante en el Consejo de Administración, Prisa y Canal+ Francia no podrán disponer, de forma conjunta, de la mayoría efectiva de los puestos en dicho Consejo.
 3. El Presidente carecerá de voto de calidad.
2. Prisa y Canal+ Francia deberán elevar a documento público el Acuerdo de 12 de febrero de 1996, por el que dejan sin efecto el apartado segundo del protocolo suscrito por Prisa y Canal+ Francia el 16 de julio de 1991, quedando sujeta a la previa conformidad de las autoridades de Defensa de la Competencia cualquiera pacto futuro de análoga naturaleza.

Condiciones relativas a Telefónica:

Dentro del límite legal establecido en el artículo 4.3 de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, el número máximo de abonados del conjunto de OLTs será:

a 31 de diciembre de 1997, 300.000 abonados
a 31 de diciembre de 1998, 700.000 abonados

a 31 de diciembre de 1999, 1.000.000 de abonados.”

Lo que comunico a V.I. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 14 de marzo de 1996.- P.D. (Orden de 29 de diciembre de 1986), el Secretario de Estado de Economía, Manuel Conthe Gutiérrez.

Ilmo. Sr. Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia.