

RESOLUCIÓN (Exp. r 545/02, Antena 3)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 30 de junio de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 545/02 (2302/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), de recurso contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 15 de octubre de 2002, por el que se archivó el expediente iniciado por la denuncia formulada por D. Alexander Chacón, como representante de las compañías EUROPEAN HOME SHOPPING S.L. (en adelante EHS) y TEleshop VITAL S.L. (en adelante TSV), contra ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A. (en adelante A3) y ANTENA 3 DIRECTO S.A. (en adelante A3D) por diversas prácticas supuestamente contrarias a la prohibición de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 4 de julio de 2001 tuvo entrada en el Servicio escrito de denuncia de D. Alexander Chacón, actuando en representación de las compañías EHS y TSV., contra A3 y A3D, consistentes, según el denunciante, en el abuso de una posición de dominio, la adopción de acuerdos colusorios y prácticas

predatorias. Siempre según el denunciante, las denunciadas han excluido de su programación a EHS y a TSV, desde septiembre de 1995, a través de una serie de actuaciones: aplicación de precios desorbitados respecto al resto de los operadores, limitación del número de segundos para publicitarse, limitación del tiempo de duración de sus espacios, asignación de las peores franjas de emisión, etc.

2. Con fecha 15 de octubre de 2002 el Director General de Defensa de la Competencia firmó el Acuerdo por el que se archivaba la denuncia.

En dicho Acuerdo se señalaba:

El artículo 1 de la LDC exige para su aplicación “el concurso de voluntades de personas distintas y dotadas de libertad económica para decidir”. La independencia entre los participantes en un acuerdo es, pues, la premisa básica que, sin embargo, no se da en el presente caso, ya que A3 es el único socio de A3D, de manera que, aunque jurídicamente sean empresas distintas, no puede haber independencia en las decisiones, por lo que no cabría aplicar el citado artículo 1 de la LDC.

.....

Tampoco en este caso [el de espacios televisivos para la televenta] ha sido posible determinar una cuota de mercado con los datos aportados por el denunciante. Sin embargo, por otro lado y pese al cúmulo de datos de emisión aportados, no hay pruebas de que la denunciada haya negado a la denunciante el acceso a su cadena, ni de que se le haya discriminado frente a otros operadores. Lo que sí parece deducirse de la documentación aportada es la existencia de discrepancias entre las partes respecto a la cantidad a pagar por la contratación de unos espacios emitidos, discrepancia que según el denunciante es el resultado a una supuesta modificación unilateral de contrato por parte de A3, modificación que al no existir indicios de que se ha producido desde una posición de dominio deberá ser resulta en las instancias adecuadas.

6. Con fecha 31 de octubre de 2002 tuvo entrada en el Tribunal escrito de D. Alexander Chacón, como representante de EHS y TSV, recurriendo el Acuerdo de archivo.

7. Con fecha 4 de noviembre de 2002 el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, solicitó del Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas hasta la fecha del Acuerdo recurrido.
8. Con fecha 11 de noviembre de 2002 tuvo entrada en el Tribunal el informe del Servicio mencionado en el punto anterior.
9. De acuerdo con el art. 48.3 LDC, el Tribunal, con fecha 15 de noviembre de 2002, ordenó la puesta de manifiesto del expediente a los interesados y abrió el plazo de alegaciones.
10. Con fecha 9 de diciembre de 2002 tuvo entrada en el Tribunal escrito de alegaciones de A3 y A3D.
11. Con fecha 12 de diciembre de 2002 tuvo entrada en el Tribunal escrito de alegaciones de EHS y TSV.
12. EHS y TSV en sus distintos escritos ante el Tribunal alegan:
 - 12.1 Debe diferenciarse entre un mercado de publicidad tradicional y otro de venta por televisión (televenta); así lo hizo el Tribunal en su Resolución de 19 de febrero de 1999 al Expte. nº 427/1998. Las características de este último le asimilan a un *servicio público* como ha puesto de relieve la Federal Communications Commission de EEUU.
 - 12.2 Con el fin de evaluar las posibles situaciones de dominio, debe atenderse a las cuotas (lo que el recurrente denomina *share*) de cada empresa en cada uno de los mercados; desde esta óptica, Antena 3 y Telecinco han ostentado, en el período 1994-1995, prácticamente el 100% de los espacios susceptibles de ser dedicados a la televenta.
 - 12.3 La única teletienda generalista, además de A3D, que tiene acceso a la cadena es LA TIENDA EN CASA, división de teletienda de El Corte Inglés. La potencia de esa empresa en el caso de la publicidad convencional justifica, en opinión del recurrente, el trato especial que recibe esta empresa

- 12.4 A efectos de la vulneración del art. 1, señala el recurrente que la falta de independencia de A3D respecto a ANTENA 3 S.A., dado que la segunda es accionista casi único de la primera, permite a A3D una independencia de comportamiento respecto del mercado.
- 12.5 Frente a lo que señala el Servicio, sí existen pruebas de abuso de posición de dominio. En concreto:
- 12.5.1 desde 1995 los denunciados no han podido emitir espacio alguno en ANTENA 3
- 12.5.2 la deuda de 57,6 millones de pesetas que supuestamente adeudan los recurrentes a ANTENA 3 jamás ha sido requerida; es falso que adeuden esa cantidad
- 12.5.3 A3TV se dirigió a los denunciados y les indicó que la solicitud de contratación de espacio para televenta en A3TV debía dirigirse a través de A3D (que es un competidor).
13. A3TV y A3D en sus distintos escritos ante el Tribunal alegan:
- 13.1 No existe vulneración del art. 1 LDC al no ser ambas empresas independientes (A3TV es la accionista única de A3D).
- 13.2 No existe posición de dominio puesto *que no es posible en el mercado televisivo desgranar el de la publicidad y el de la televenta pues ambos productos resultan ser sustitutivos para el operador de televisión debido a las disposiciones legales*. En concreto el artículo 13 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, que delimita la cantidad de publicidad o televenta, considera a estos productos como equivalentes al:
- 13.2.1 fijar un límite máximo del 20% del tiempo de emisión para todas las formas de publicidad y televenta (excluidas ciertas formas de televenta)
- 13.2.2 fijar un límite máximo de 17 minutos cada hora para la publicidad en todas sus formas y los anuncios de televenta.

Estos límites significan que: *En cualquier caso mi representada no tiene una posición dominante en el mercado de la venta de espacios televisivos para la televenta y tampoco la tiene en el mercado de la venta de espacios televisivos para la publicidad y la televenta. Por otro lado, la posibilidad de ocupar los espacios dedicados a programas de duración mínima de quince minutos de televenta, compete nuevamente en las decisiones del operador de televisión con la posibilidad de emitir otro tipo de programas en los que insertar anuncios de publicidad o de televenta, es una decisión empresarial, de rentabilidad, que viene determinada por la audiencia televisiva. Esto es, algunos operadores optan por no utilizar la posibilidad legal de emitir programas de televenta porque les resulta más rentable la emisión de otro tipo de programas en los que insertar anuncios convencionales.*

- 13.3 Que, además de esas consideraciones, existe una razón puramente comercial, la existencia de facturas impagadas que justifican la negativa a contratar con el recurrente.
14. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este asunto en su sesión del día 19 de junio de 2003.
15. Son interesados:
- EUROPEAN HOME SHOPPING S.L.
 - TEleshop VITAL S.A.
 - ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A.
 - ANTENA 3 DIRECTO S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se analiza, en primer lugar, la imputación de que la conducta denunciada resulta contraria a la prohibición del art. 1 LDC. Consta en el expediente que A3TV es accionista único de A3D, por lo que tienen razón el Servicio y las denunciadas al señalar que no se da el elemento de bilateralidad propio de las conductas subsumibles en el artículo 1. Este elemento ha sido puesto de relieve en numerosas ocasiones, tanto por la jurisprudencia europea como por el propio

Tribunal.

El denunciante, en la alegación expuesta en el AH 1.4, trata de construir un argumento para mostrar que sí ha existido vulneración del art. 1 sobre la base de la supuesta independencia de comportamiento en el mercado de que dispone A3D al contar con un fuerte accionista, A3TV. Debe hacerse notar que, caso de ser correcto ese argumento –opinión que el Tribunal no comparte– lo que mostraría es que se daban algunos de los requisitos necesarios para declarar una conducta contraria al art. 6 LDC, pero no al art. 1. Debe concluirse, por tanto, que no ha existido una conducta contraria al art. 1 LDC.

2. Respecto a la supuesta vulneración del art. 6 LDC debe analizarse si se cumplen los dos requisitos de existencia de una posición de dominio y de conducta abusiva, necesarios para que pueda apreciarse tal vulneración.

La legislación relevante en la materia viene dada fundamentalmente por la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva y la Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994.

La Ley 25/1994 se refiere, a lo largo de su apartado III, a publicidad, sin hacer alusión específica a la televenta, por lo que, según dicha Ley, vigente durante parte del período en que tuvieron lugar los hechos, es correcta la afirmación del denunciado –contenida en el AH 13.2– en el sentido de que no existe obligación legal de segmentar un determinado espacio para la televenta.

La Ley 22/1999 incluye expresamente el concepto de televenta; de hecho, la necesidad de otorgar un tratamiento específico de esa actividad es uno de los motivos por los que se modifica la Ley, como señala su exposición de motivos:

En el capítulo III, que regula el régimen de la publicidad y el patrocinio televisivos, se da un tratamiento específico a la televenta como fenómeno distinto de la publicidad y se califican los anuncios de autopromoción de los servicios de televisión como una forma de publicidad, y, en general, se tiende a flexibilizar y a aligerar las obligaciones impuestas a los operadores de televisión en la Directiva 89/552/CEE. En el citado capítulo, se autoriza, con restricciones, el patrocinio por parte de laboratorios farmacéuticos (artículo 15 de la Ley). Se

introduce, igualmente, un nuevo artículo 14 por el que se permite y regula el funcionamiento de cadenas de televisión dedicadas exclusivamente a la televenta o a la autopromoción y se amplía el tiempo máximo que puede destinarse a la televenta, cuando ésta se lleve a cabo dentro de programas que cumplan determinados requisitos.

Las reformas esenciales del articulado de la Ley en esta materia fueron:

- 2.1. La sustitución de la expresión *publicidad* por *publicidad y televenta* de forma generalizada a lo largo de la Ley. En particular, el antiguo art. 14, que pasa a ser art. 13, queda redactado de la siguiente forma:

El artículo 14 pasa a ser artículo 13 y queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 13. Tiempo de emisión dedicado a la publicidad y a la televenta.

1. El tiempo total dedicado a la emisión de publicidad en todas sus formas y a la televenta, con exclusión de los programas de televenta regulados en el apartado 3 de este artículo, no será superior al 20 % del tiempo diario de emisión.

El tiempo de emisión dedicado a anuncios publicitarios no podrá superar el 15 % del tiempo total diario de emisión.

2. Durante cada una de las horas naturales en que se divide el día, el tiempo de emisión dedicado a la publicidad en todas sus formas y a los anuncios de televenta, no podrá ser superior a diecisiete minutos.

Respetando el límite anterior, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios y de televenta, excluida la autopromoción, no podrá superar los doce minutos durante el mismo período.

- 2.2. La introducción de un nuevo apartado 3, dedicado expresamente a la televenta:

3. Cada canal de televisión podrá dedicar hasta tres horas al día a la emisión de programas de televenta. Estos programas tendrán una duración mínima ininterrumpida de quince minutos y deberán identificarse como tales, con toda claridad, por medios ópticos o acústicos.

El número máximo diario de programas de televenta, difundidos por un canal de televisión no dedicado exclusivamente a esta actividad, será de ocho.

Respecto al apartado 1 del nuevo artículo 13 debe concluirse que el legislador no establece diferencias entre los espacios de publicidad (P) y de televenta (T) por lo que, también desde la entrada en vigor de la Ley 22/1999, resulta correcta la afirmación del denunciado (contenida en el AH 13.2) de que no se encuentra obligado a segmentar ambos mercados.

Es cierto que la Ley 22/1999 introduce un elemento de confusión al utilizar la expresión *a la publicidad y a la televenta*, pero debe entenderse que se trata de un error de redacción y que la voluntad del legislador hubiera quedado mejor expresada mediante el uso de la conjunción *o*. En efecto, la conjunción *y* corresponde al concepto lógico de intersección de conjuntos ($P \cap T$) por lo que, de seguirse literalmente el texto de la citada Ley, los límites máximos que establece el citado art. 13.1 se referirían exclusivamente a aquellos programas que pueden incluirse en ambos conjuntos –es decir, que constituyen, a la vez, programas de publicidad y de televenta– lo cual resultaría manifiestamente absurdo ya que excluiría la inmensa mayoría de los programas de publicidad (que son sólo de publicidad, pero no de televenta). El absurdo queda eliminado si se entiende que el legislador deseaba referirse *a la publicidad o a la televenta*, expresión que corresponde al concepto lógico de unión de conjuntos ($P \cup T$; PUT), es decir que los límites máximos se establecen en relación con los programas que son bien de publicidad, bien de televenta.

La novedad de la Ley 22/1999 es la regulación de unos nuevos programas dedicados a la televenta, que deben reunir los requisitos que establece el nuevo art. 13.3 y que no quedan incluidos en los límites máximos del artículo 13.1. No obstante, la introducción de esos espacios en la programación de una emisora es facultativa, por lo que sigue siendo correcta la afirmación del denunciado de que no se encuentra sometido a la obligación legal de segmentar el mercado, por lo que procede a la venta del tiempo (limitado legalmente) de que dispone según criterios puramente económicos.

3. El hecho de que no exista obligación legal de segmentar el mercado no excluye enteramente la posibilidad de que exista una posición de dominio por parte de

A3 respecto de su propio espacio de programación, situación que se produciría si éste fuera el único susceptible de ser utilizado para los fines de televenta. Esto es lo que trata de argumentar el recurrente en la alegación reseñada en el AH 12.2 con el apoyo de una abundante documentación relativa a las cuotas de A3 en diferentes mercados. No obstante, el hecho de que A3 y Telecinco ostenten, como afirma el recurrente, prácticamente el 100% del mercado de espacios dedicados específicamente a la televenta sólo muestra que esas dos empresas son las únicas que han considerado interesante utilizar la facultad que les otorga el art. 13.3, de la Ley 22/1999; en particular, esa cuota no muestra que éste sea el único espacio susceptible de ser dedicado a la televenta, ya que cabe acudir a tales efectos a los espacios previstos en el art. 13.1 de la Ley 22/1999. Planteada así la cuestión, tiene razón el Servicio cuando expone, en su Acuerdo de 15 de octubre de 2002, que *no parece que existan indicios de posición de dominio por parte de A3 en este mercado, puesto que prácticamente todas las cadenas tienen espacios de estas características, a los que se pueden acceder las empresas de televenta mediante la correspondiente contratación con las cadenas de televisión y, de hecho, el propio denunciante afirma estar presente en más de 150 cadenas y plataformas de cable.*

La posibilidad teórica de acudir a esos espacios no implica que los recurrentes se encuentren en condiciones de aceptar precios competitivos a la hora de comprar esos espacios, que son demandados por anunciantes de muy diversa índole. Como apunta el Servicio en su Acuerdo de archivo, ésta parece ser la razón por la que los recurrentes no han conseguido contratar –como ellos mismos señalan en el argumento reseñado en el AH 12.5.1– espacio alguno con A3 desde 1995 y no un supuesto trato discriminatorio, respecto del que el Servicio señala no haber encontrado evidencia alguna.

En definitiva, los argumentos anteriores ponen de relieve que A3 no ostenta posición de dominio en el mercado de referencia, que debe ser definido como el mercado de espacios televisivos susceptibles de ser utilizados para la televenta.

4. La LDC configura la existencia de posición de dominio en el mercado de referencia como una condición necesaria para la aplicación del art. 6. No dándose esta condición no procede seguir adelante con la investigación de conductas de la denunciada que son calificadas de abusivas. Desde este planteamiento, el Tribunal considera irrelevantes los argumentos contenidos en los AH 12.3, 12.4, 12.5.2 y 12.5.3, que hubiera sido necesario analizar caso de haberse producido esa posición de dominio.

5. Por las razones expuestas en los FD anteriores, el Tribunal estima que las conductas analizadas no son contrarias al art. 1 ni al art. 6 LDC por lo que el Servicio obró correctamente al archivar el expediente y procede desestimar el recurso interpuesto por D. Alexander Chacón, como representante de las compañías EUROPEAN HOME SHOPPING S.L. y TEleshop VITAL S.L. contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 15 de octubre de 2002.

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

HA RESUELTO

ÚNICO: Desestimar el recurso interpuesto por D. Alexander Chacón, como representante de las compañías EUROPEAN HOME SHOPPING S.L. y TEleshop VITAL S.L., contra el Acuerdo de archivo de 15 de octubre de 2002, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia; acuerdo que confirma íntegramente.

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