

RESOLUCIÓN (Expte. r 423/00, Vía Digital)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 27 de diciembre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 423/00 (2088/99 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio), de recurso contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 2 de marzo de 2000, por el que se archivó la denuncia formulada por TELEVES S.A. contra VÍA DIGITAL S.A. y DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN VÍA DIGITAL (en adelante, VÍA DIGITAL), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), mediante la práctica de competencia desleal consistente en la venta con pérdida por regalar la antena parabólica y su instalación a los clientes al realizar el abono del servicio de televisión digital por vía de satélite y abuso de posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 26 de octubre de 1999 se recibió en el Servicio denuncia de la compañía TELEVES S.A. contra VÍA DIGITAL por supuestas conductas prohibidas por la LDC consistentes, básicamente, en:
 - 1.1. La realización de una práctica desleal, que afecta al interés público, por la venta con pérdida al regalar la antena parabólica y su instalación a todos los clientes, en la contratación de su abono a la televisión digital por satélite de VÍA DIGITAL.

- 1.2. El abuso de posición de dominio, prohibido por el art. 6 LDC, mediante un sistema de contratos enlazados que vincularían las prestaciones de los servicios de TV digital al suministro e instalación de las antenas parabólicas para la captación de la señal por satélite, antenas de las que TELEVES es uno de los primeros fabricantes.
2. Tras recibir la denuncia, el Servicio decidió practicar una información reservada, como diligencia previa encaminada a comprobar la procedencia de la incoación de expediente o el archivo de la denuncia. En el curso de dichas actuaciones el Servicio solicitó a ambas partes que respondieran a determinados cuestionarios.
3. A la vista del resultado de estas diligencias, el Director del Servicio dictó un Acuerdo motivado, de fecha 2 de marzo de 2000, en el que se declara el archivo de la denuncia y de las actuaciones posteriores, por estimar que las conductas denunciadas no se encuentran entre las prohibidas por la LDC, básicamente, por las siguientes razones:
 - a) En cuanto a la primera conducta imputada, sostiene que habría que comenzar analizando si el acto denunciado es uno de los supuestos de competencia desleal comprendidos en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (en adelante, LCD). El regalo de la antena podría corresponder al caso comprendido en el art. 8 de dicha Ley, pero el de este expediente ni pone al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal (el abono a la TV digital vía satélite), que es lo que busca el consumidor ni la antena es aquí una prestación suplementaria que no guarda relación con el objeto del contrato (la antena sí es necesaria para captar la señal) ni el regalo induce a error sobre la apreciación del valor de la oferta que tiene, además, una cuantía relativa frente al precio del abono mensual y que se amortiza en cuanto permanezca el cliente suscrito el período de varios años que es el habitual o realice la compra de algunos programas.
 - b) Por otra parte, tampoco se cumple la condición de existencia de la prohibición del art. 7 LDC de que se ha de producir una grave distorsión de la competencia, porque ni la supuesta predación del art. 17 LCD forma parte en este caso de un plan anticoncurrencial de expulsión de los competidores ni puede ser intención de la denunciada hacerse con el mercado, cuando se trata realmente de un mercado emergente en el que los dos competidores realizan la misma práctica de regalar la antena para tratar de arraigar esta alternativa de televisión de pago.

- c) Además, en la documentación presentada por VÍA DIGITAL se recogen dos ofertas de TELEVES que superan en un 25% el precio ofertado por las empresas que resultaron adjudicatarias, por lo que no parece que el sistema de compra de las antenas sea discriminatorio o busque expulsar a ningún fabricante o esté afectado por relaciones que no sean puramente comerciales.
- d) Por último, en cuanto a la imputación de abuso de posición de dominio, el Servicio no la analiza, por innecesario, al entender que VÍA DIGITAL no tiene posición de dominio en el mercado relevante principalmente considerado, que es el de la televisión digital vía satélite en España, un mercado en evolución, de reciente aparición en el que hay que hacer importantes inversiones, que incluyen subvenciones a los clientes de determinados elementos como las antenas y descodificadores, para facilitar su arraigo. Dependiente de ese mercado principal existe el relacionado de estos equipos receptores para los espectadores que demandan este tipo de televisión de pago. Dado que las previsiones de cuotas en el mercado relevante muestran un todavía mayor distanciamiento del segundo operador (VÍA DIGITAL) respecto del primero, cuando las cuotas que tenían en enero de 1999 eran estimadas en un 63% y un 37%, el Servicio concluye que esta empresa no tiene posición de dominio en el mercado relevante ni en el de la televisión de pago.
4. El 21 de marzo de 2000 tuvo entrada en el Tribunal el recurso contra el citado Acuerdo del Servicio, en el que se comienza alegando que el Servicio lo motivó basándose en consideraciones erróneas por lo que debe revocarse el archivo. Por ello, el recurrente reitera e insiste en los mismos argumentos expuestos en la denuncia sobre la definición del mercado relevante (incluyendo también el de la TV por satélite con tecnología analógica), competencia desleal (por venta con obsequio y venta con pérdida) y existencia de posición dominante respecto de los fabricantes de antenas y abuso de la misma mediante un sistema de contratos enlazados que vincularían las prestaciones de la TV digital al suministro e instalación de las antenas parabólicas, todo lo cual vulneraría los artículos 6 y 7 LDC.
5. Mediante escrito de 21 de marzo de 2000, el Tribunal solicitó al Servicio, según lo dispuesto en el art. 48.1 LDC, la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas hasta el Acuerdo de archivo.
6. El 24 de marzo de 2000 se recibió en el Tribunal el informe del Servicio en el que, tras hacer algunas precisiones sobre los argumentos del recurso que ya fueron analizados al acordar el archivo del expediente, entiende que se debe

desestimar el recurso por las razones expuestas en el correspondiente Acuerdo del día 2 de dicho mes y año.

7. Con fecha 5 de abril de 2000 se recibió en el Tribunal escrito de TELEVES en el que manifiesta que, según publicaba el diario "El Mundo" el 31 de marzo de 2000 siguiendo fuentes de VÍA DIGITAL, en los últimos nueve meses del total de personas que se han abonado a la televisión de pago el 60% había elegido dicha plataforma, lo que indicaba que su crecimiento era más rápido que el de sus competidores, según alegaba la recurrente.
8. Por Providencia del mismo día se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones.

De estas alegaciones cabe destacar, entre las que presenta el recurrente insistiendo en su argumentación de la denuncia y del recurso, que el Servicio no realizó una información reservada suficientemente amplia y profunda, sin contrastar los datos incompletos facilitados por la denunciada, que todavía sigue realizando la campaña promocional, campaña que es muy diferente de la que realiza Canal Satélite Digital con elección de antena por el consumidor o instalador, por lo que TELEVES no tiene ningún problema en su relación con dicha empresa que adquiere el 67% de las antenas compitiendo para ello libremente con los demás fabricantes. Insiste también en su delimitación del mercado relevante en que VÍA DIGITAL tiene posición de dominio en la adquisición de las antenas, que dicha posición estaba aumentando en el año 1999, que tiene poder de mercado en el de la televisión digital vía satélite y que ha abusado mediante contratos enlazados para el suministro de las antenas impidiéndole el acceso a su cuota del 37% del mercado de las antenas. Por último, alega que la práctica desleal afecta al interés público al falsear el funcionamiento de un mercado nacional importante.

Por su parte, la entidad denunciada, tras haber solicitado y habiéndosele concedido prórroga de ocho días del plazo para alegaciones y mostrándose conforme con las razones del Acuerdo de archivo, formula una serie de precisiones, acompañando el modelo de contrato de abonado, que fue aprobado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Resolución de 5-3-1998), señalando que su oferta promocional constituye una práctica competitiva originada como reacción frente a la competencia del entonces único otro operador que sigue haciendo una oferta similar para incentivar el arraigo de este sistema de recepción en la TV de pago en lo que todavía es un mercado emergente. Añade que, según consta en el expediente, en el último concurso de antenas convocado por la denunciada TELEVES ofertó un precio que superaba en un 25% al de la oferta que resultó adjudicada, que la centralización del suministro de antenas tiene por objeto dar el mejor servicio al consumidor garantizándole un adecuado control de los equipos receptores,

que los abonados suelen permanecer en alta varios años y que, por la forma de financiación, se compite más en la captación de éstos que por la cuota de audiencia, por lo que es imprescindible subvencionar al consumidor la adquisición de los elementos de recepción, que consigue un importante efecto dinamizador al reducir una de las barreras de entrada no creada por VÍA DIGITAL.

Por último, VÍA DIGITAL señala que no es desleal su conducta -acompaña soporte publicitario- ni afecta al interés público porque el país de origen de la antena suministrada no sea el nacional, coincide también con la definición del mercado relevante que realiza el Servicio y termina manifestando que VÍA DIGITAL no tiene un poder de mercado que le permita realizar una actuación independiente por su fuerte interdependencia de Canal Satélite Digital, citando recientes Resoluciones del TDC sobre el abuso, como Wilkinson/Gillette y Bacardí, de fechas 29 de enero de 1999 y 30 de septiembre de 1999, respectivamente.

9. El Pleno del Tribunal en su reunión del día 19 de diciembre de 2000 deliberó y falló este expediente, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
10. Son interesados:
 - DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A. (VÍA DIGITAL)
 - TELEVES S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La recurrente ha alegado, ante todo, como fundamento de su recurso, una supuesta falta de actividad investigadora del Servicio. En relación con esta alegación hay que señalar que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que el Servicio no tiene obligación de realizar todas las pesquisas posibles, siendo bastante que indague los elementos idóneos para fundamentar el acuerdo de incoar expediente o archivar la denuncia. En este caso, del expediente se deduce que se ha llevado a cabo una información reservada, que el Servicio ha considerado suficiente para adoptar, de forma fundada, el Acuerdo de archivo recurrido, según se verá seguidamente al analizar el fondo de las imputaciones denunciadas.
2. En relación con el fondo de la denuncia, es decir, que la oferta promocional de servicios y sus equipos infringe los arts. 6 y 7 LDC, el Servicio ha actuado

correctamente al valorar, en primer lugar, que no es aplicable a los hechos denunciados el art. 6 LDC dado que, para que una empresa incurra en abuso tipificado por dicho artículo, es preciso que tenga una posición de dominio en el mercado. Pues bien, para analizar esta posición es también necesario comenzar definiendo cuál es el mercado que se considera pertinente -también llamado el mercado relevante-. El Servicio ha analizado esta cuestión con particular atención, estudiando tanto la sustituibilidad de la demanda como de la oferta, por lo que ha llegado al resultado totalmente acertado de considerar que se trata del mercado de la televisión digital de pago vía satélite, un mercado de reciente aparición, con barreras de entrada y que tiene la particularidad de la todavía inexistencia de interoperabilidad, lo que viene a encarecer las cuantiosas inversiones que esta tecnología requiere, incluso para el espectador. Por ello, para arraigar esta modalidad de televisión, teniendo en cuenta que no se compite sólo en la cuota de audiencia, sino en la captación de abonados, resulta conveniente que estas inversiones incluyan la subvención a los clientes de elementos necesarios para la recepción de la imagen, como las antenas, los descodificadores y su instalación, lo que ofrecen en el mercado del caso los dos operadores de televisión digital existentes en el momento de la denuncia, si bien la denunciada ha seguido prácticas de ofertas similares del primer operador. Todo lo cual singulariza, pues, el mercado principal como el de la televisión digital de pago que se transmite por vía de satélites.

Dependiente de ese mercado principal está el mercado relacionado de comercialización, distribución e instalación de equipos receptores de los programas, lo que hace que el Servicio manifieste, siguiendo la doctrina del Tribunal, que quienes ostenten posición de dominio en el mercado principal puedan eventualmente limitar la competencia en el dependiente.

Sin embargo, el Servicio, tomando los datos de abonados en España a esta modalidad de televisión del "Informe Anual de 1998" de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, recoge las siguientes cuotas en el mercado relevante a 15 de enero de 1999:

CANAL SATÉLITE DIGITAL	63% (604.800 abonados)
VÍA DIGITAL	37% (355.200 abonados)
Total	960.000 abonados

Con estos datos, el Servicio concluye lo siguiente:

"En conclusión, dadas las características del mercado, y las cuotas de mercado actuales y previsibles de los dos operadores, se considera que VÍA DIGITAL no tiene posición de dominio en el mercado de la televisión digital vía satélite en España, ni tampoco en el mercado de la TV de pago.

El supuesto abuso, no sería necesario analizarlo ya que no se da la posición de dominio."

El Tribunal comparte totalmente la delimitación del mercado relevante que realiza el Servicio, a la que no cabe objetar nada, aunque ha de añadir una razón más, en cuanto a su conclusión de que VÍA DIGITAL no tiene posición de dominio, como es la de que no tiene independencia de comportamiento respecto del único competidor existente, de gran fortaleza, por lo que la denunciada no puede desarrollar una política comercial sin tenerlo en cuenta, como requiere el criterio definidor de la existencia de una posición dominante tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la nacional (Vid en este sentido la jurisprudencia citada por la propia recurrente en el folio 14 del expediente del Servicio, la Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman-La Rôche y las recientes Resoluciones de este Tribunal de 29 de enero, 26 de febrero y 30 de septiembre de 1999, asuntos Wilkinson/Gillette, Airtel/Telefónica y Bacardí).

Además, el Tribunal considera, incluso, que la conducta imputada más bien podría producir un aumento de las posibilidades de elección de los espectadores entre las dos compañías que compiten en esta modalidad de televisión, al optimizar VÍA DIGITAL la elección de las antenas según las características requeridas y tender, así, a abaratar la conexión mediante un comportamiento eficiente, como dice el Servicio. Por lo tanto, el Tribunal estima que le asiste la razón a la denunciada cuando alega en este sentido compartiendo la delimitación del mercado relevante hecha por el Servicio, mientras que no puede admitir, en consecuencia, la definición realizada por la recurrente en la denuncia -que sigue la aproximación referente a un mercado de características muy distintas como el de la telefonía móvil o da por supuesta una posición de dominio en el mercado de las antenas parabólicas- que no es el pertinente en este caso.

Por todo ello, hay que concluir que es acertada la decisión del Servicio de archivar la denuncia en cuanto a la imputación de abuso de posición de dominio porque no apreciaba la existencia de indicios racionales de esta posición ni de que haya explotación de los consumidores ni de que quepa obstaculizar indebidamente la acción del único competidor ni la consideración de contrato vinculado del artículo 6.2.e) LDC.

3. El Servicio ha analizado también la denuncia de infracción del artículo 7 LDC por una práctica de falseamiento de la libre competencia por actos desleales comprendidos en la referida LCD al haber realizado ventas con regalo (art. 8.2) o con pérdida (arts. 17 LCD y 14 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista -en adelante, LOCM- en relación con el art. 15 LCD).

El Tribunal también considera acertada y suficiente la apreciación del Servicio para proceder a acordar el archivo, según se expone en los apartados a), b) y c) del Antecedente de Hecho 3 de esta Resolución, porque los actos denunciados no pueden identificarse con las mencionadas figuras. En efecto, no puede haber infracción del artículo 7 LDC al no haberse producido ningún tipo de acto de falseamiento de la competencia, lo que no es preciso reiterar con mayor detalle porque ha sido claramente expuesto por el Servicio siguiendo la doctrina del Tribunal.

En definitiva, la denunciada no ha realizado realmente ningún acto diferente de la promoción que inició y todavía lleva a cabo su único y directo competidor, excepto la centralización eficiente de la compra de las antenas que ofrece al consumidor una ventaja -más que un inconveniente- según se analiza en el Fundamento de Derecho 2. Así, VÍA DIGITAL carece de otros intereses en ese mercado que no sean los de una lógica tan elemental como la consistente en que si el precio al que se le ofrecen las antenas idóneas es conveniente las adquiere y, si no lo es, las compra en otro país -lo cual es todo menos "una simpleza", como alega la denunciada refiriéndose a la manifestación de la recurrente a este respecto-, porque es precisamente esta forma de adquirir las antenas lo que motiva la denuncia, aunque se refiera a una oferta conjunta de equipos receptores que guardan una relación funcional lo que la hace resultar comercialmente interesante e imprescindible para la denunciada en el presente caso.

Por último, TELEVES ha aducido también en su denuncia la tipificación de la conducta imputada como falseamiento de la competencia prohibido por el artículo 7 LDC en relación con el artículo 14 LOCM, que prohíbe con carácter general la venta con pérdida, por lo que cabría considerar -como alega la denunciante- que *"una venta con pérdida en el ámbito minorista constituye un supuesto de deslealtad por violación de normas al amparo del artículo 15 LCD (por adquirirse ventajas competitivas mediante la infracción de las leyes)"*.

Sin embargo, el Tribunal entiende que esta interpretación no resulta procedente en este caso, primero, porque de lo que se trata en el presente caso es de una oferta conjunta, como se ha señalado, y, en segundo lugar, porque una de las pocas excepciones a esta prohibición general de la venta con pérdida en el comercio minorista es la del supuesto de que la venta en cuestión tenga el objetivo de alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a las ventas o con poder de mercado, como resulta obvio que sucede en el caso de este expediente. Por lo tanto, al no haber violación de norma alguna, tampoco hay acto de competencia desleal.

4. Por lo tanto, de cuanto antecede se deduce que no hay indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, al no existir posición de dominio en el mercado pertinente y no haberse producido actos de competencia desleal prohibidos por el artículo 7, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Servicio de 2 de marzo de 2000, por el que se archivaron las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente.

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

HA RESUELTO

Único: Desestimar el recurso interpuesto por TELEVES S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 2 de marzo de 2000, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.