



RESOLUCIÓN

(Expte. S/0047/08, Televenta)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 24 de octubre de 2011.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición arriba expresada, y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0047/08 Televenta, incoado por la Dirección de Investigación a instancia de EUROPEAN HOME SHOPPING SL contra EL CORTE INGLÉS SA y sus sociedades participadas PUBLIECI TELEVISIÓN SA y CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA SA; SOGECABLE SA (Actualmente denominada PRISA TELEVISIÓN SAU) y sus participadas SOGECABLE MEDIA SL, CANAL SATÉLITE DIGITAL SL; GESTEVISIÓN TELECINCO SA (actualmente denominada MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA) y sus sociedades participadas PUBLIMEDIA GESTIÓN SA y PUBLIESPAÑA SA; y VEO TELEVISIÓN SA por supuestas prácticas de acaparamiento de espacios televisivos dedicados a la televenta prohibidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 7 de febrero de 2008 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia de EUROPEAN HOME SHOPPING S.L. (EHS), contra EL CORTE INGLÉS, S.A. (ECI) y sus entidades participadas LA TIENDA EN CASA, S.A., PUBLIECI TELEVISIÓN, S.A. y CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA, S.A., todas ellas dedicadas total o parcialmente a la actividad de televenta en el mercado español, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en una vulneración de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), cuyo objetivo sería el acaparamiento de los canales de 24



horas de televenta y la expulsión del resto de competidores del mercado de prestación de servicios de televenta (folios 1 a 147).

A la vista de la documentación aportada, la Dirección de Investigación (DI) de la CNC inició una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, con el número de expediente S/0047/08.

2. Con fecha 9 de febrero de 2010, sobre la base de la información reservada realizada, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra ECI, por existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC, mediante un abuso de posición de dominio en el mercado interactivo de televenta en España a través del acaparamiento de la capacidad de emisión que restringe la entrada y expansión de terceros competidores, y contra ECI, PUBLIECI TELEVISIÓN, SA, CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA, SA, SOGECABLE, SA, GESTEVISIÓN TELECINCO, SA, PUBLIMEDIA GESTIÓN, SA y VEO TELEVISIÓN, SA por existencia de indicios racionales de vulneración del artículo 1 de la LDC, al haber firmado diversos acuerdos que pudieran contribuir, de forma directa o indirecta, a que se produzca el acaparamiento de esa capacidad de emisión de televenta (folios 990 y 991).

Este expediente quedó registrado con el número S/0047/08, al que se incorporó lo actuado en la información reservada, y en el acuerdo de incoación se acordó reconocer a EHS la condición de interesada en el expediente de referencia.

Con fecha 4 de marzo de 2010 se recibió escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU solicitando que se le considerase como parte interesada en el expediente (folio 1390). La DI le reconoció la condición de interesado mediante Acuerdo de 5 de marzo de 2010.

Por Acuerdo 26 de noviembre de 2010, la DI acordó ampliar las actuaciones del presente expediente a las sociedades PUBLIESPAÑA, SA, SOGECABLE MEDIA, SL y CANAL SATÉLITE DIGITAL, SL (CSD, que fue absorbida por DTS DISTRUBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL SA)..

3. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, la DI notificó a las partes versión no confidencial del Pliego de Concreción de Hechos (PCH) de fecha 1 de noviembre de 2010. Las partes presentaron las alegaciones al PCH que tuvieron por conveniente y propusieron las pruebas que consideraron pertinentes.

Con fecha 3 de diciembre de 2010, la DI solicitó a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información el Informe preceptivo y no vinculante al que hace referencia el art. 17.2.d) de la LDC, que se recibió el día 20 siguiente.



4. El 30 de diciembre de 2010 VEO y el 5 de enero de 2011 ECI, PUBLIECI y CANAL CLUB solicitaron la apertura de un procedimiento de terminación convencional, que con fecha 11 de enero de 2011 la DI acordó no iniciar.
5. Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del Real Decreto de 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el 7 de febrero de 2011 la DI acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente, acuerdo que fue notificado a los interesados.
6. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 8 de febrero de 2011 la DI acordó y notificó a las partes la Propuesta de Resolución (PR) dándoles plazo para que formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes.

Han presentado alegaciones ECI (El Corte Inglés SA, Publieci Televisión SA y Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura SA), SOGECABLE (Sogecable SAU, Canal Satélite Digital SL y Sogecable Media SL), TELECINCO (Gestevisión Telecinco SA, Publimedia Gestión SA y Publiespaña SA.).

7. En cumplimiento de lo previsto en los artículos 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, con fecha 28 de febrero de 2011 la DI elevó a este Consejo el Informe y Propuesta de Resolución junto con el expediente y las alegaciones recibidas de las partes. En la PR la DI propone a este Consejo:
 1. *Que se acuerde el sobreseimiento parcial del expediente de referencia en relación con la posible infracción del artículo 2 de la LDC por parte de El Corte Inglés, S.A., pues esta Dirección de Investigación no ha constatado la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de El Corte Inglés, S.A. en la medida en que su acaparamiento de la capacidad de emisión televisiva de espacios de televenta de Sogecable, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A. y Veo Televisión, S.A., derivado de los acuerdos directos e indirectos del El Corte Inglés, S.A. con estos operadores, no permite acreditar por sí mismo la existencia de una exclusión real y efectiva de los competidores de El Corte Inglés, S.A., pues estos competidores han contado con alternativas de emisión de espacios televisivos de televenta, tanto a nivel nacional, como autonómico y local.*
 2. *Que se declare que los contratos firmados directa o indirectamente entre El Corte Inglés, S.A., Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., Sogecable Media, S.L. y Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A. suponen una vulneración del artículo 1 de la LDC, en la medida en que a través de la constitución de la empresa en participación Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A. y los distintos contratos firmados, se ha procedido a:*



- *Limitar el acceso a favor de El Corte Inglés, S.A. y Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A. del espacio para la emisión de teletienda en la plataforma de televisión de pago Digital +.*
- *Limitar el acceso de terceros operadores a un canal de teletienda de 24 horas en TDT nacional de Sogecable, S.A., así como a los espacios de teletienda en los canales de televisión en abierto generalistas de Sogecable, S.A., mediante diversos acuerdos no escritos.*

Por ello, se propone que se declare responsables de las infracciones descritas en este punto a El Corte Inglés, S.A., Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., Sogecable Media, S.L., Canal Club de distribución de Ocio y Cultura, S.A.

3. *Que se declare que los contratos firmados directa o indirectamente entre El Corte Inglés, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A., Publiespaña, S.A., Publiemedia Gestión, S.A.U. y Publieci Televisión, S.A. son contrarios al artículo 1 de la LDC en la medida en que mediante la creación de la empresa en participación Publieci Televisión, S.A. y los distintos contratos firmados, se ha procedido a:*

- *Limitar el acceso a favor de El Corte Inglés, S.A. y Publieci Televisión, S.A. de los espacios de teletienda en el canal de televisión en abierto Telecinco.*
- *Limitar el acceso de terceros operadores a un canal de teletienda de 24 horas en TDT nacional de Gestevisión Telecinco, S.A.*

Por ello, se propone que se declare responsables de las infracciones descritas en este punto a El Corte Inglés, S.A., Gestevisión Telecinco S.A., Publiespaña, S.A., Publiemedia Gestión, S.A.U. y Publieci Televisión, S.A.

4. *Que se declare que los contratos firmados entre El Corte Inglés, S.A. y Veo Televisión, S.A. han infringido el artículo 1 de la LDC, como consecuencia de los acuerdos para:*

- *Limitar el acceso de operadores distintos a El Corte Inglés, S.A. a la emisión de espacios de teletienda en los canales generalistas operados por Veo Televisión, S.A., al haberse reservado a favor de El Corte Inglés, S.A. toda o una parte importante de la capacidad para la emisión de este tipo de programas de teletienda.*
- *La exclusión de otros competidores a través del establecimiento de un pacto de no competencia entre las partes (en el contrato de 2 de agosto de*



2006), por el que se limita el acceso de terceros operadores a un canal de televenta de 24 horas en TDT nacional de Veo Televisión, S.A. al vencimiento de dicho contrato.

Por ello, se propone que se declare responsables de las infracciones descritas en este punto a El Corte Inglés, S.A. y Veo Televisión, S.A.

- 5. Que esas conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*
 - 6. Que se imponga a El Corte Inglés, S.A., Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., Sogecable Media, S.L., Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A., Publiespaña, S.A., Publiemedia Gestión, S.A.U., Publieci Televisión, S.A. y Veo Televisión, S.A. la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.*
 - 7. Que se intime a El Corte Inglés, S.A., Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., Sogecable Media, S.L., Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A., Publiespaña, S.A., Publiemedia Gestión, S.A.U., Publieci Televisión, S.A. y Veo Televisión, S.A. para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*
 - 8. Que se obligue El Corte Inglés, S.A., Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., Sogecable Media, S.L., Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A., Publiespaña, S.A., Publiemedia Gestión, S.A.U., Publieci Televisión, S.A. y Veo Televisión, S.A. a que difundan el texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.*
 - 9. Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en la medida que resulten pertinentes.”.*
8. Con fecha 21 de junio de 2011 el Consejo adoptó Acuerdo por el que resolvían las solicitudes de práctica de prueba, confidencialidad y vista realizadas por las partes en sus escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución de la DI, y acordaba la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo necesario para la incorporación, incluida la valoración de los interesados, del resultado de las pruebas acordadas.

Dentro del plazo de siete días para alegaciones que dispone el art. 50.1 de la LDC, VEO presentó escrito en el que formuló las alegaciones que estimó conveniente.



Concluido el plazo dispuesto para la práctica de las pruebas admitidas (que a solicitud de VEO fue ampliado por la DI mediante Acuerdo de 2 de agosto de 2011), mediante Acuerdo del Consejero Ponente de fecha 30 de agosto de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.2 del RDC, se dio a las partes acceso al expediente al objeto de que en el plazo de 10 días pudiesen formular su valoración sobre el resultado e importancia de las pruebas practicadas. A solicitud de ECI, este plazo fue ampliado mediante Acuerdo del Consejero Ponente de 8 de septiembre de 2011.

Presentaron escrito de valoración de la prueba practicada el denunciante (EHS) y todas las empresas imputadas. EHS adjunta a su escrito de valoración "*Informe sobre la capacidad para alojar una teletienda adicional en ¼ de múltiplex de TDT*" elaborado por [...]. ECI a su escrito de valoración adjunta anexo que contiene un listado de las empresas de teletienda (distintas de ella y de sus subsidiadas) que tuvieron acceso a los canales de televisión de TELECINCO, SOGECABLE y VEO en los últimos cinco años. SOGECABLE, adjunta como anexo 2 un CD que contiene, en formato electrónico, la información ya remitida en respuesta al requerimiento de información realizado en aplicación del Acuerdo del Consejo de Prueba, Vista y Confidencialidad. VEO adjunta a su escrito de valoración versión no confidencial del contrato de colaboración celebrado entre ella y EHS el 1 de julio de 2011, que tiene por objeto la emisión a través de uno de los canales asignados a VEO de un canal de teletienda 24 horas en TDT nacional que se denominará comercialmente "EHS", con una vigencia inicial hasta el 31 de agosto de 2011, aunque prorrogable hasta el 31 diciembre de 2011 de cumplirse determinadas condiciones. TELECINCO (actualmente, MEDIASET) anexa a su escrito de valoración copia de la demanda de procedimiento ordinario en reclamación de cantidad presentada en los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, para la que solicita confidencialidad. En relación con esta demanda, TELECINCO afirma en su escrito que Sogecable Media SL (actualmente integrada en el Grupo MEDIASET) se ha visto obligada a reclamar judicialmente a EHS el pago de determinadas cantidades adeudadas por EHS a Sogecable Media por la cesión de espacios publicitarios para la emisión de teletienda en el canal 40 Latino (véase *infra* el Hecho Probado 23.3).

9. Mediante Acuerdo de 19 de septiembre de 2001 el Consejo acordó alzar la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente de referencia acordada el 21 de julio de 2011, con efectos desde el propio 19 de septiembre de 2011. En consecuencia el plazo legal para resolver este expediente concluye el día 25 de octubre de 2011.

El 26 de septiembre de 2011, fuera de todo plazo, VEO presentó en el Registro de la CNC nuevo escrito en el que vuelve a reiterar que el Consejo omite injustificadamente la práctica de la prueba consistente en incorporar al expediente



la documental aportada con fecha 4 de febrero de 2011, solicitando que se inste a la DI a su práctica.

10. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y fallar este expediente en su sesión del 13 de octubre de 2011.
11. Son interesadas en este expediente las empresas siguientes:
 - European Home Shopping SA (**EHS**)
 - El Corte Inglés SA, Publieci Televisión SA y Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura SA (**ECI**),
 - Sogecable SAU (actualmente Prisa Televisión SAU), Canal Satélite Digital SL (actualmente, DTS Distribuidora de Televisión Digital SA) y Sogecable Media SL (conjuntamente **SOGECABLE**).
 - Gestevisión Telecinco SA (actualmente, Mediaset España Comunicación SA), Publimedia Gestión SA y Publiespaña SA (conjuntamente **TELECINCO**).
 - Veo Televisión SA (**VEO TV**)
 - Telefónica de España SAU (**TELEFÓNICA**)

HECHOS PROBADOS

Conforme al contenido de la Propuesta de Resolución de la DI notificada a las partes y elevada a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia:

LAS PARTES INTERESADAS:

1. **EL CORTE INGLÉS, SA (ECI)** es la sociedad matriz del grupo El Corte Inglés, primer grupo de distribución en España por volumen de negocios. ECI opera en el mercado de televenta a través de 3 empresas, EL CORTE INGLÉS, SA y las sociedades participadas PUBLIECI TELEVISIÓN, SA y CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA, SA (globalmente ECI).

A través de estas sociedades, se operan las dos marcas comerciales con las que ECI está presente en la actividad de televenta: “La Tienda en Casa” (marca utilizada tanto por ECI, como por PUBLIECI TELEVISIÓN, S.A.) y “Canal Club” (utilizada únicamente por CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA, S.A.).

2. **GESTEVISIÓN TELECINCO SA (TELECINCO)**, actualmente denominada MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA, es una empresa operadora de televisión en abierto, creada en 1989 y que produce programas de televisión. Su propietario mayoritario es el grupo italiano de comunicación MEDIASET. En la



actualidad opera a través de los canales de Televisión Digital Terrestre (TDT): Telecinco, La Siete, Factoría de Ficción, Boing y Telecinco HD. Hasta septiembre de 2010, TELECINCO también emitía en TDT el canal de televenta de 24 horas denominado Cincoshop, y tras la operación de concentración C/230/10 TELECINCO/CUATRO también opera a través de los canales de TDT de SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISION CUATRO SAU.

3. **PUBLIESPAÑA, SA (PUBLIESPAÑA)** es una filial al 100% de TELECINCO, y es la concesionaria en exclusiva del espacio publicitario en TDT del grupo Telecinco.
4. **PUBLIMEDIA GESTIÓN, SAU (PUBLIMEDIA)** es una filial al 100% de PUBLIESPAÑA, actuaba como agente en exclusiva para la explotación de la publicidad en los canales de televisión de TELECINCO que sólo emitían en TDT (Telecinco 2, Factoría de Ficción -anteriormente Telecinco Sport y Telecinco Estrellas, respectivamente- y Cincoshop), hasta que PUBLIESPAÑA asume estas funciones.
5. **PUBLIECI TELEVISIÓN, SA (PUBLIECI)** es una empresa en participación creada el 9 de junio de 2000 por ECI y PUBLIESPAÑA, que se reparten al 50% su capital. Su objeto principal es la prestación de servicios de venta directa de productos y servicios dirigidos al consumidor final a través de sistemas de televisión con emisión en abierto.
6. **SOGEABLE, SA (SOGEABLE)** es una compañía dedicada a la gestión y explotación, en el mercado español, de una plataforma de televisión digital por satélite de pago (Digital +) y de canales de televisión terrestre.

Al tiempo de los hechos investigados, emitía en TDT los canales: Cuatro, CNN+, Canal+2 y Promo TV, este último de televenta de 24 horas.

SOGEABLE es la matriz de un grupo de empresas activas además en la producción y venta de canales temáticos (en España y Portugal); la producción, distribución y exhibición de películas; la negociación de derechos de retransmisión (cine y acontecimientos deportivos); TV interactiva y de valor añadido; publicidad y otros servicios (asistencia telefónica y marketing directo). SOGEABLE está controlada por el grupo PRISA, que también está presente en el sector audiovisual.

Los canales de TDT de SOGEABLE fueron integrados en la SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO SAU (CUATRO), que fue adquirida por TELECINCO a través de la operación de concentración C/230/10 TELECINCO/CUATRO autorizada por el Consejo de la CNC el 28 de octubre de 2010.



7. **CANAL SATÉLITE DIGITAL, SL (CSD)** es una filial al 100% de SOGECABLE y opera la plataforma digital por satélite Digital+.

El negocio de televisión de pago de SOGECABLE fue integrado en DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, SA, donde Telefónica, S.A. y TELECINCO han adquirido cada uno el 22% del capital social (Expte. C/231/10).

8. **SOGECABLE MEDIA, SL (SOGECABLE MEDIA)** es una filial al 100% de SOGECABLE que gestiona en exclusiva las iniciativas publicitarias de la propia SOGECABLE, de CSD, de Compañía Independiente de Televisión, SL, y de otras empresas del Grupo Sogecable editoras de canales de televisión.

9. **CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA, SA (CANAL CLUB)** es una empresa creada el 1 de diciembre de 1995 por SOGECABLE siendo su objeto social “la promoción, venta a distancia en la modalidad de club, y distribución, en cualquier tipo de soporte, de productos y servicios audiovisuales, multimedia, editoriales, culturales y de ocio”.

El 13 de septiembre de 1999, ECI adquirió el 75% del capital de CANAL CLUB a SOGECABLE, estableciéndose un pacto de accionistas entre ambas matrices que les otorgaba derechos de veto en la toma de decisiones estratégicas de CANAL CLUB, entre otras, respecto a su presupuesto anual (Cláusula octava del contrato de compraventa de acciones y pacto de accionistas).

10. **VEO TELEVISIÓN, SA (VEO)** fue constituida el 9 de mayo de 2000 y es una de las seis empresas concesionarias de la televisión digital terrestre española. Desde el 7 de febrero de 2008 pertenece al 100% a UNIDAD EDITORIAL, S.A. Al tiempo de los hechos investigados emitía en el marco de su licencia tres canales de TDT: VEO 7, MARCA TV y AXN (este último bajo sistema de pago) y un cuarto, denominado “LA TIENDA EN VEO”, de televenta de 24 horas.

11. **EUROPEAN HOME SHOPPING, SA (EHS)** fue constituida con la denominación SIC STANTIBUS, SL el 29 de abril de 1992. Pasó a tener la actual denominación el 26 de marzo de 1993 y se dedica la televenta. Emite infocomerciales en más de veinte canales nacionales, autonómicos y locales, disponiendo, además, de las veinticuatro horas de un canal comercial en la plataforma DIGITAL+.

12. **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU (TELEFÓNICA)** es una filial al 100% de Telefónica, SA matriz del grupo Telefónica, presente en numerosos países. El grupo Telefónica presta distintos servicios de comunicaciones electrónicas en España, entre otros, telefonía fija, telefonía móvil, acceso a Internet de banda ancha y servicios de televisión de pago, a través de la plataforma Imagenio.



MARCO JURÍDICO:

13. Marco normativo de las comunicaciones comerciales en Televisión

13.1. Hasta el 1 de mayo de 2010, la actividad de publicidad en televisión se regulaba 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. Además, a la actividad publicitaria en televisión le resulta de aplicación la regulación general y especial relativa a los distintos tipos de publicidad ilícita; en particular, la Ley 34/1988, General de Publicidad y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, como también la normativa específica sobre la publicidad relativa a determinados productos o servicios.

La ley 25/1994 ha sido objeto de diversas modificaciones, entre otras, por la Ley 22/1999, de 7 de junio, y recogía en su Capítulo III la regulación de la publicidad en televisión, la televenta y el patrocinio televisivo. De hecho, la necesidad de otorgar un tratamiento específico a la emisión de la televenta es uno de los motivos que aduce el legislador para modificar 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..., 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”*.

Tras la entrada en vigor de la Ley 22/1999, los artículos 11 y 12 de la Ley 25/1994 determinaban la forma en la que habrían de insertarse y emitirse la publicidad en todas sus manifestaciones y los anuncios de televenta en las emisiones de televisión, así como las reglas específicas en cuanto a la inserción de la publicidad y los anuncios de televenta según el tipo de programa que se emite. El art. 3.h) define la televenta como *“la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público para la adquisición o el arrendamiento de toda clase de bienes y derechos o la contratación de servicios, a cambio de una remuneración”* (art. 3 h)).

Completando lo establecido para la inserción de publicidad y de la televenta, el artículo 13 regulaba el tiempo de emisión que podía dedicarse a la publicidad en todas sus formas y a la televenta en los canales de televisión, estableciendo determinadas normas específicas para la televenta, tanto para los anuncios de televenta (art. 13.1), como de forma particular para los denominados programas de televenta, pues el art. 13.3 disponía que *“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". A ello, el art. 14 de la Ley 25/1994 establecía la regulación de los canales de televisión dedicados exclusivamente a la actividad de televenta y publicidad, a los que no eran aplicables las limitaciones de tiempo impuestas a los anuncios de televenta (art. 13.1) y a los programas de televenta (art. 13.3).

13.2. La disponibilidad de espacio televisivo para la emisión de mensajes publicitarios se vio modificada a raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión. Esta norma supuso un cambio drástico en el modelo financiero de TVE que también afectó a los demandantes de espacio televisivo para emitir mensajes publicitarios, ya que suprimía de sus fuentes de financiación los recursos provenientes de "actividades de publicidad o televenta en cualquiera de sus formas, incluido el patrocinio", según contempla su artículo 7.1.

13.3. Con la entrada en vigor de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (que deroga la Ley 25/1994), el marco normativo de las comunicaciones comerciales en televisión en España queda regulado en los artículos 13 a 18 de la mencionada norma bajo la denominación "El derecho a realizar comunicaciones comerciales".

La Ley 7/2010 (LGCA) reconoce como derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual tanto la creación de canales de televenta, como la emisión de contenidos publicitarios en los canales de televisión dentro de ciertos límites (arts. 2, 13 y 14).

En el capítulo de definiciones, en varios números del art. 2. de la LGCA se realizan las siguientes que son relevantes en el marco de este expediente:

"6. Programas audiovisuales. a) Programa de televisión: Conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo de programas. En todo caso son programas de televisión: los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo.

"9. Canal de televenta. Canal de radio o televisión que emite exclusivamente contenidos de venta directa organizados en programas con una duración mínima de 15 minutos.

14. Servicios conexos e interactivos. Son los contenidos o servicios, asociados o no a los programas audiovisuales, que son incorporados por los prestadores de



servicios de comunicación audiovisual o por los operadores de comunicaciones electrónicas a los que la ciudadanía puede acceder a través de distintos procedimientos vinculados o no con el canal de difusión.

Este acceso puede estar o no vinculado a un canal de retorno, según el grado de interactividad del servicio que se preste.

Cuando no exista este canal de retorno, la interactividad consistirá en la transmisión continua y sucesiva de datos a los que el ciudadano accederá libremente o previa autorización del prestador. La información será almacenada en un receptor y se renovará con la periodicidad que establezca el prestador del servicio.

Cuando exista canal de retorno, el usuario interactuará con el prestador del servicio, posibilitando el acceso a contenidos adicionales vinculados o no a los programas audiovisuales y la navegación por ellos así como el envío de respuestas, incluido el envío de datos que permitan realizar transacciones económicas por parte de los usuarios así como la comunicación entre distintos usuarios.

24. Comunicación comercial audiovisual: Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio.

En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto.

25. Mensaje publicitario. Toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones.

26. Televenta. La comunicación audiovisual televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.”.

En el art. 13 se regula el derecho a crear canales “dedicados exclusivamente a emitir mensajes publicitarios y mensajes de venta por televisión”. El art. 14 regula el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a emitir mensajes publicitarios y mensajes de venta o de televenta (también art. 15.1),



sometiendo este derecho a determinados límites temporales y de inserción dentro de la programación del canal de televisión. El art. 15.2 reconoce el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a emitir “*programas de televenta siempre que tengan una duración ininterrumpida de 15 minutos*”, y que no están sometidos a los límites temporales que el artículo anterior establece para los anuncios publicitarios y para los “mensajes de venta”.

14. Marco normativo de la televisión

- 14.1.** El monopolio del Estado en la televisión analógica de principios de los 80 se fue modificando con la creación de los denominados canales autonómicos y locales (a través de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre y la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, respectivamente) y, con la aparición de la televisión privada como consecuencia de la aprobación de la Ley 10/1988, de 3 de mayo. Esta última norma establecía en tres el número de canales que habrían de ser gestionados por los operadores de televisión por un periodo de diez años, previa concesión administrativa intransferible.
- 14.2.** La Ley 10/2005, de 14 de junio suprimió el límite de las tres concesiones administrativas y el Real Decreto 946/2005, de 29 de julio aprobó la incorporación de un nuevo canal analógico de televisión en el Plan Técnico Nacional de Televisión Privada.
- 14.3.** Respecto a la televisión por cable, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, superó el régimen de concesión administrativa establecido en la Ley 42/1995, de 22 de diciembre y determinó que los servicios de radio y televisión por cable se prestarán en régimen de libre competencia, previa autorización administrativa del Estado o de las Comunidades Autónomas e inscripción en el Registro que a tal efecto se llevará en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- 14.4.** En relación con la televisión por satélite, se estableció que la misma no tiene la consideración de servicio público y la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, somete esta actividad a la obtención de la pertinente autorización administrativa. Esta regulación es completada por el Real Decreto Ley 16/1997, de 13 de septiembre, que regula los supuestos especiales de autorización para la prestación de servicios de televisión por satélite con tecnología analógica digital que sean de acceso condicional (descodificador).
- 14.5.** El paso desde la tecnología analógica a la digital, implicó un nuevo cambio normativo a través de la Ley 10/2005, de 14 de junio y el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre, conforme a los cuales, se establece, entre otras previsiones, el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología



analógica el 3 de abril de 2010 y el protocolo de cambio del sistema analógico al digital terrestre.

- 14.6.** En el año 2009 (Real Decreto Ley 11/2009, de 13 de agosto), se permitió que las sociedades concesionarias de servicio público de televisión digital terrestre de ámbito estatal pudiesen explotar total o parcialmente en la modalidad de pago mediante acceso condicional, uno de los canales digitales de los que eran titulares, siempre que su concesión permitiera la explotación de más de un canal; y, finalmente el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica.
- 14.7.** Con la LGCA (Ley 7/2010) las concesiones administrativas de TDT fueron transformadas en licencias, y se abre la puerta a que los titulares de estas licencias alquilen su capacidad de emisión de canales de televisión a terceros.

La actual estructura del marco televisivo en España deriva de la aprobación de la LGCA y de sus normas de desarrollo, siendo las más recientes de ellas el Real Decreto 691/2010, de 20 de mayo por el que se regula la TDT en alta definición, y el Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 16 de julio de 2010, por el que se asigna un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre, el cual indica que cada múltiple *“está integrado como máximo por cuatro canales digitales de televisión susceptibles de ser explotados las 24 horas del día”*, añadiéndose que *“En aplicación de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, las mejoras tecnológicas que permitan un mayor aprovechamiento del dominio público para la comunicación audiovisual no habilitarán para rebasar las condiciones establecidas en la licencia, y en particular, para disfrutar de un mayor número de canales de pago o en abierto cuya emisión se hubiera habilitado”*.

SITUACIÓN COMPETITIVA DE LOS MERCADOS:

- 15.** El régimen normativo de la televisión en España y, por tanto de la obtención de licencias, autorizaciones o concesiones para emitir, ha sufrido, como ya se ha descrito anteriormente, diversos cambios normativos en los últimos años, de tal manera que la estructura de la televisión en España, así como la disponibilidad de espacios para la emisión de mensajes comerciales, ha sufrido diversas variaciones y los demandantes de espacios publicitarios han tenido que adaptarse a los distintos escenarios.



15.1. La estructura de la oferta en TDT de ámbito nacional en los años 2008 y 2009 era la siguiente:

Red cobertura TDT estatal	Canal 66	Canal 67	Canal 68	Canal 69
RTVE	RTVE	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
RTVE	VEO TV	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
RTVE	VEO TV	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
RTVE	NET TV	LA SEXTA	NET TV	LA SEXTA

Fuente: Ministerio de Industria, Turismo y Comercio

Conviene tener en cuenta que la disposición adicional quinta del Real Decreto 944/2005 establecía el número de canales de TDT (4) que tendrán cabida en cada múltiple digital asignado. Además, esta norma establecía que de la capacidad de transmisión del múltiple digital se podría utilizar hasta un 20% como máximo para prestar servicios adicionales distintos del de difusión de televisión, tales como, entre otros, los de transmisión de ficheros de datos y los de aplicaciones y actualizaciones de software para equipos.

15.2. Como hitos de especial incidencia en la disponibilidad de espacio comercial para los anunciantes se pueden indicar:

- La aparición de nuevos modelos de negocio en televisión, como los denominados *call tv* que acaparan horas de emisión en los distintos canales y en los que no se inserta publicidad alguna.

Según los datos aportados al expediente por algunos de los operadores, la presencia de los programas *call tv* en el año 2008 llegó a alcanzar hasta un 17,1% de la programación de LA SEXTA, un 10,7% de la programación de ANTENA 3, un 7,2% de la de CUATRO y un 3,2% en TELE CINCO (folio 681).

- El cese de las emisiones de televisión en la tecnología analógica, y su sustitución completa por la TDT, el 3 de abril del año 2010. Este cambio de tecnología provocó la expiración de licencias de televisión obtenidas para la emisión de televisión en tecnología analógica, mientras que se ampliaba el número de canales a emitir por las licencias para televisión de ámbito nacional en abierto. De esta manera, RTVE ha pasado a disponer de 8 canales de TDT nacional, mientras que cada uno de los operadores privados licenciarios de TDT nacional (Telecinco, Antena3, Cuatro, La Sexta, Veo y Net TV) dispone de cuatro.
- La salida en el año 2009 de la corporación RTVE como oferente de espacio para comunicaciones publicitarias, lo que ha provocado una reducción del espacio televisivo para la emisión de contenidos publicitarios al que tenían acceso los anunciantes.

15.3. Las empresas de televenta concurren en el mercado de obtención de minutos de emisión de mensajes comerciales con fabricantes y grupos internacionales que



también buscan la transmisión de sus mensajes comerciales a través de los canales de televisión.

Las limitaciones económicas que presentan los operadores de televenta frente a las grandes corporaciones en tanto que anunciantes impide, con carácter general, que aquéllos puedan obtener los espacios televisivos comerciales más atractivos para atraer una mayor audiencia, de forma que los espacios de televenta se suelen emitir en las franjas u horarios publicitarios menos atractivos y normalmente en el formato de infocomerciales o programas de televenta. Asimismo, ha conducido al desarrollo de los canales 24 horas de televenta.

Si se analiza la actividad de las principales empresas de televenta en España, se observa que los ingresos obtenidos por las empresas dedicadas a esta actividad ha sufrido un descenso en el periodo 2007-2009, siendo ECI el principal operador de televenta en España, aunque con un descenso de cuota en el segmento publicitario en el último año del periodo en favor fundamentalmente de EHS.

INGRESOS EMPRESAS DEDICADAS A LA VENTA DIRECTA EN ESPAÑA								
EMPRESA	AÑO 2007		Año 2008			Año 2009		
	Millones de euros	Cuota %	Millones de euros	Cuota %	Variación ingresos (%)	Millones de euros	Cuota %	Variación ingresos (%)
ECI	[...]	[50-60]	[...]	[60-70]	[0-10]	[...]	[60-70]	-[20-30]
EHS	[...]	[10-20]	[...]	[20-30]	[10-20]	[...]	[30-40]	[10-20]
PLANETA DIRECTO	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[>100]	[...]	[0-10]	-[60-70]
DIRECTO A CASA	[...]	[10-20]	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
NEW MILLENIUM	[...]	[0-10]	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
TOTAL	[...]	100	[...]	100		[...]	100	

Fuente Elaboración propia CNC en base a datos recabados durante instrucción expediente

En todo caso, existen otros operadores de televenta a nivel nacional, entre los que destacan New Millenium Market, SL (quien ha firmado contratos con La Sexta para la emisión de espacios de televenta) y la sociedad Directo a Casa Venta Directa, SL cuya inclusión en la anterior tabla para los ejercicios 2008 y 2009 probablemente rebajaría las cuotas de mercado de ECI y EHS.

15.4. En su escrito de denuncia, EHS resaltaba la importancia que para las empresas de televenta tiene la obtención de los derechos de un canal de TDT en abierto de televenta 24 horas a nivel nacional. No obstante, la realidad es que estos canales



de televenta tienen una audiencia en un momento concreto prácticamente residual, según los datos aportados por Kantar Media SA (f. 1493).

Para poder determinar la importancia de los canales de 24 horas dedicados a televenta en la actividad publicitaria de televenta, la DI ha procedido al análisis de la importancia económica que los mismos tienen en los ingresos totales de la actividad de televenta del grupo ECI y EHS.

INGRESOS DE GRUPO ECI Y EHS SEGÚN EL TIPO DE CANALES						
	2007		2008		2009	
	ECI	EHS	ECI	EHS	ECI	EHS
TDT NACIONAL (excluyendo canales 24 horas)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Canales 24 horas en TDT Nacional	[...]	0	[...]	0	[...]	0
TDT autonómica	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TDT local	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TV de pago ¹ (excluyendo canales 24 horas)	[...]	0	[...]	0	[...]	0
Canales 24 horas TV de Pago	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

¹ Incluye información de todos los canales operados por la plataformas DIGITAL +, IMAGENIO y ONO.

Fuente: Elaboración propia CNC a partir de los datos aportados por ECI y EHS

Las únicas empresas dedicadas a la televenta que cuentan con un canal de televisión de 24 horas son ECI y EHS, siendo ECI la única que cuenta con derechos de explotación en canales de 24 horas que emiten por TDT en abierto a nivel nacional.



Del total de los más de 30 millones de facturación que ECI obtiene, el [20-30]% de esos ingresos derivan de los canales de televenta de 24 horas y, de éstos el [90-100]% provienen de los ingresos obtenidos a través de los canales 24 horas que ECI explota en TDT en abierto (ejercicio 2007), el [30-40]% y [90-100]%, respectivamente para el ejercicio 2008 y el [50-60]% y [90-100]% para el ejercicio 2009.

Para el caso de EHS, los ingresos derivados de la explotación de espacios publicitarios en canales de TDT nacional, supusieron el [60-70]% del total en el ejercicio 2007, incrementándose su importancia en los ejercicios 2008 y 2009 en los que estos ingresos supusieron el [70-80]% y [70-80]% del total respectivamente.

En el caso de Planeta Directo, sociedad de la que se disponen datos desagregados en el expediente (folio 2207), los ingresos obtenidos por emisiones de publicidad en TDT en abierto han supuesto el grueso de la facturación de esta empresa. Así, en el ejercicio 2007, supusieron el [90-100]%, el [90-100]% en 2008 y el [90-100]% en 2009.

Del porcentaje de facturación que estos canales 24 horas suponen para las empresas de televenta que los tienen, especialmente para ECI, se puede concluir que la explotación de los mismos es importante para las empresas de televenta.

Junto con ello y a la luz de los datos desagregados que la DI tiene de las empresas dedicadas a televenta (ECI, EHS y Planeta Directo), se puede concluir que la obtención de espacios para la emisión de infocomerciales en las cadenas de TDT que emiten en abierto a nivel nacional también se configura como un elemento importante dentro de la estrategia de negocio de este tipo de empresas.

HECHOS:

Conforme al Pliego de Concreción de Hechos y a la información que consta en el expediente en relación con los contratos para la emisión de espacios de televenta en canales de televisión convencionales y en canales 24 horas de televenta, se consideran probados los siguientes hechos:

16. Acuerdos ECI / Sogecable:

16.1. El 8 de septiembre de 1999 SOGECABLE y ECI firmaron un Acuerdo de Bases para la gestión de la sociedad CANAL CLUB (f. 2864-2880, T. VIII) en el que se define la actividad inicial de la sociedad como: “la explotación en exclusiva de cualquier forma de venta a distancia que se realice a través de los



canales de televisión controlados por SOGECABLE directa o indirectamente, presentes y futuros y las revistas dirigidas a sus abonados, así como otros sistemas de venta a distancia dirigidos a los abonados de SOGECABLE y CANAL SATÉLITE DIGITAL” (Punto 2.I del Acuerdo de Bases).

Conforme a este acuerdo, ECI pone a disposición de CANAL CLUB sus servicios de gestión de compras, almacén y logística, administración y contabilidad, gestión de la plataforma de pedidos y de atención al cliente, entre otros (Punto 3 del Acuerdo).

16.2. El 13 de septiembre de 1999, ECI adquiere de SOGECABLE el 75% de las acciones en la sociedad CANAL CLUB (f. 2134-2145, T. VI conf.), hasta entonces participada al 100% por la segunda. Así mismo, ECI y SOGECABLE se comprometen a mantener la estructura social de CANAL CLUB tal y como resulta del contrato (25% SOGECABLE y 75% ECI) por un periodo de 20 años (Cláusula Séptima).

16.3. En esa misma fecha en que CANAL CLUB pasa a ser una empresa en participación entre ECI y SOGECABLE (13/09/1999), CSD y otras empresas del grupo Sogecable, por un lado, y CANAL CLUB por el otro, firman un Contrato de arrendamiento de servicios en exclusiva (f. 436-453, T. I Conf.).

Junto con otras estipulaciones relacionadas con contenidos publicitarios y venta interactiva, **el contrato establece la intención de CSD de habilitar en su plataforma de televisión digital por satélite, un canal específico de su propiedad, para su utilización como “galería comercial”,** que se define como un *“Canal de televisión digital incluido en un número determinado del Dial de la plataforma digital de CSD en el que se anunciarán diversos productos y servicios y que permitirá a los abonados de CSD realizar operaciones de compra a distancia por teléfono o a través de órdenes electrónicas interactivas utilizando su mando a distancia”* (Cláusula Primera).

El contenido de esta Galería comercial se establece en la cláusula tercera y la duración de la prestación de servicios se establece *“por un periodo inicial de 20 (veinte) años contados desde la firma. Transcurrido este periodo el contrato se prorrogará por acuerdo expreso de ambas partes”*.

CSD se compromete a que los sistemas operativos para la emisión de la Galería Comercial estén dispuestos el 30 de junio de 2001, estableciéndose un plazo de dos años para que CANAL CLUB comenzara las emisiones de la Galería Comercial, reservándose CSD el derecho de explotación de la Galería si CANAL CLUB no hubiera comenzado esa explotación en ese periodo (Cláusula Decimosegunda).



16.4. También con fecha **13 de septiembre de 1999**, CANAL CLUB y SOGECABLE suscribieron otro “contrato de arrendamiento de servicios” por el que **acuerdan determinadas emisiones de spots publicitarios y de teletienda por parte de CANAL CLUB en el canal de televisión analógica Canal+** (f. 547-550, T. I conf.). En el mismo acuerdo ya se establece una previsión de trasladar las mismas estipulaciones a las emisiones del canal mediante tecnología digital cuando llegara el cambio de sistema.

En la cláusula Primera se determina que SOGECABLE emitirá gratuitamente por Canal+, difundido en sistema analógico, cuatro spots de venta directa de 90 segundos de duración durante su emisión en abierto, entre las 12 y 24 horas y, al menos, 250 spots al año con una duración mínima de 20 segundos dentro de los bloques publicitarios que difunda entre la franja horaria ya mencionada.

La duración inicial prevista para del contrato comprende el periodo de 15 de septiembre de 1999 hasta 23 de julio de 2019.

16.5. Con fecha **4 de octubre de 2007** (folios 461-463, T. I Conf.), CANAL CLUB y CSD alcanzan un **acuerdo para ceder a ésta última el derecho exclusivo a difundir a través de su plataforma de televisión de pago por satélite (Digital+) el nuevo canal de televisión de pago 24 horas de teletienda “CANAL CLUB”** (que sustituye a la anteriormente denominada galería comercial de Canal Club), que surge con esta denominación y con la finalidad de *“promover o realizar transacciones o venta a distancia de sus productos o servicios a los abonados de Digital +”*.

Este acuerdo contempla la facultad de CSD de ceder el derechos exclusivo adquirido a terceros, así como la **obligación de CANAL CLUB de que el citado canal 24 horas de teletienda no sea explotado en su integridad en ningún otro medio de transmisión durante la vigencia de este acuerdo**, que se establece desde el 3 de septiembre de 2007 (fecha de inicio de las emisiones) hasta el 31 de diciembre de 2008, con prórroga automática por periodos anuales, si no media denuncia escrita por cualquiera de las partes con un preaviso mínimo de 3 meses.

16.6. El **1 de enero de 2008** se produce una **novación de los contratos de arrendamiento de servicios de fecha 13 de septiembre de 1999** (HP 16.3 y 16.4), por el que Sogecable Media SL se subroga en las obligaciones asumidas por SOGECABLE y CSD (f. 465-468, T. I conf.).

Esta novación contractual acredita que el inicio por CANAL CLUB de las emisiones de teletienda de 24 horas en la plataforma Digital + comienzan a raíz de los compromisos firmados en el año 1999. Así, el Expositivo I establece *“Que CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN, SOGECABLE, CIT, SOGECABLE FUTBOL y SOGECABLE MÚSICA suscribieron conjuntamente el 13 de septiembre de*



1999, un “Contrato de Arrendamiento de Servicios” en virtud del cual se establecía el marco de colaboración y los compromisos respectivos en lo relativo al canal de televisión de la plataforma digital de televisión digital por satélite “Digital +” hoy denominado CANAL CLUB y, en concreto, en lo que el propio contrato reglamentaba como Galería Comercial, Espacios de Televenta Interactiva y Revista de abonados de la plataforma...”.

Entre otras modificaciones, las partes acuerdan que la publicidad comprometida a través del contrato de 13 de septiembre de 1999 (HP 17.4), *“habrá de considerarse referida al nuevo “CANAL CLUB” que se emite de manera ininterrumpida durante 24 horas diarias, y su inclusión se irá reduciendo paulatinamente, una vez se consolide este nuevo canal y su facturación sea representativa”* (Cláusula Tercera).

Esta novación es incorporada como Adenda de los contratos del año 1999 y se establece con un periodo de vigencia que abarca desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre del mismo año.

16.7. Puesta en marcha del canal de TDT en abierto nacional “Promo TV”. Con fecha 7 de febrero de 2008, SOGECABLE y CANAL CLUB alcanzan un acuerdo (f. 470-477 T. I conf. y 558-565 T. II conf.), en virtud del cual CANAL CLUB se compromete a prestar a SOGECABLE *“un servicio consistente en la transmisión de datos, entrega de contenidos y prestación de servicios adicionales, a fin de que SOGECABLE, mediante la utilización de la capacidad técnica del múltiple digital donde tiene asignados los tres canales digitales de que dispone en la actualidad, pueda a su vez prestar a los usuarios servicios adicionales, todo ello conforme a lo previsto en el Plan Técnico Nacional de TDT”.*

Los servicios a proporcionar por parte de CANAL CLUB incluyen, *“entre otros, juegos participativos y de entretenimiento, productos de formación, viajes, seguros, productos financieros, asesoramiento legal, tratamientos estéticos...y todos aquéllos susceptibles de ser comercializados a través de este sistema”.*

Estos servicios se identificaron inicialmente bajo la marca **“Promo TV”** y posteriormente pasó a identificarse bajo la marca **“Canal Club”**, (alegaciones de SOGECABLE, f. 3446 y ss., T. X), y se fueron progresivamente ampliando hasta convertirse en **un canal de televenta 24 horas de TDT nacional en abierto**, inicialmente denominado **“Promo TV”**. Tras el apagón analógico de 3 de abril de 2010, Promo TV pasó a emitirse en el cuarto canal de TDT nacional en abierto asignado a SOGECABLE, pasando entretanto a denominarse **“CANAL CLUB”**, si bien no se trata del mismo canal que se emite en la plataforma de televisión de pago (Digital+) de SOGECABLE. Añade esta empresa en sus alegaciones que, aunque no se recogió en un contrato, se emitieron ocasionalmente y en horario de



madrugada algunos spots e infocomerciales (televenta) de CANAL CLUB en su canal CUATRO.

La duración de este acuerdo se prevé para el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2008 y el 1 de marzo de 2010, aunque SOGECABLE reconoce a CANAL CLUB un derecho preferente para continuar prestándole el servicio. Así, el contrato prevé que una vez finalizada la vigencia del contrato, SOGECABLE asume la obligación de dirigirse en primer lugar a CANAL CLUB para negociar un contrato de contenido similar, teniendo las partes 30 días para alcanzar un acuerdo (Cláusula 3).

17. Acuerdos ECI / TELECINCO

17.1. Con fecha **9 de junio de 2000**, PUBLIESPAÑA (filial al 100% de TELECINCO) y ECI **constituyen la sociedad conjunta PUBLIECI** para *“la comercialización de productos y servicios dirigidos al consumidor final a través de sistemas de televisión con emisión en abierto”* (f. 2098-2119, T. VI conf.).

PUBLIESPAÑA era la filial de TELECINCO encargada de gestionar los espacios de televenta) del canal analógico de Telecinco. Conforme al contrato referenciado, PUBLIESPAÑA aporta espacios publicitarios en la cadena Telecinco (en concreto, la emisión de un programa diario de duración superior a quince minutos de lunes a viernes en horario de mañana; emisión de programas de un mínimo de hora y media diaria en horario de madrugada; y la emisión, promoción y todas las cuestiones relacionadas con la difusión televisiva de los espacios publicitarios de televenta). Por su parte, ECI aporta a la sociedad los servicios de *call center*, administración y gestión de ventas, almacén y logística.

Las partes fijan una cláusula de exclusividad mutua (Cláusula Undécima), por la que PUBLIESPAÑA se compromete a canalizar a través de PUBLIECI *“toda la actividad de venta directa que pueda llevarse a cabo en TELE5”* y ECI desarrollará a través de PUBLIECI *“toda su actividad de venta directa en sistemas de televisión que emitan en abierto”*, con excepción de los acuerdos a los que ya había llegado con Canal + (HP 16.4) y a los que se desarrollaran con TVE (f. 1548-1584: contratos de ECI y RTVE). Al final de esta cláusula se señala que este acuerdo de exclusividad *“sólo afectará a la actividad de venta directa por televisión en canales analógicos o digitales que emitan en abierto”*.

17.2. Por contrato de **15 de septiembre de 2002** se establecen y regulan los **servicios que ECI presta a la sociedad PUBLIECI** (f. 2107-2108).

Con arreglo a este contrato, ECI pone a disposición de PUBLIECI (Estipulación Primera) sus estructuras de compras y gestión de stocks, almacén y logística, administración y contabilidad, plataforma de recepción de pedidos y atención al



cliente, utilización de plataformas informáticas y como servicios de apoyo, todos los servicios de sus propios departamentos (informática, producción, marketing, medios...).

La duración inicial del contrato es anual con prórrogas tácitas por periodos anuales, salvo denuncia expresa por alguna de las partes.

17.3. También por contrato de fecha **15 de septiembre de 2002** se establecen y regula la **prestación de los servicios de PUBLIESPAÑA a PUBLIECI** (f. 2111-2112, T. VI conf.).

Junto con labores de asesoramiento en materia de diseño, producción y edición de las fórmulas de televenta, a través de este contrato PUBLIESPAÑA asume la obligación de emitir en el canal Telecinco el espacio necesario que requieran las fórmulas de televenta (Cláusula Primera), estableciéndose la contraprestación en base a la duración de los espacios de venta interactiva emitidos por PUBLIECI (Cláusula Tercera).

Las cláusulas de vigencia del contrato son como las que ya se han descrito para el contrato ECI-PUBLIECI (HP 17.2): anual con prórrogas tácitas salvo denuncia anticipada (cláusula carta).

PUBLIECI cesa su actividad el 30 de junio de 2009, asumiendo ECI todas las obligaciones de la sociedad relacionadas con la televenta.

17.4. Con fecha **16 de julio de 2003**, PUBLIESPAÑA y PUBLIECI firman un contrato (f. 2114 a 2117, T. VI conf.) por el que **PUBLIESPAÑA se compromete durante un periodo de tres años a la emisión de espacios de televenta de diversa duración en el canal Telecinco**, con prórrogas tácitas por periodos adicionales de tres años, salvo denuncia expresa por alguna de las partes (Cláusula 3ª).

En concreto, PUBLIESPAÑA se obliga a (i) la emisión de lunes a domingo en horario de madrugada (iniciándose aproximadamente a las 3:00 horas) tres horas de infocomerciales u 8 de estos espacios; (ii) la emisión en su programación de mañana (8:15-8:45 horas) de un programa de 150 segundo y otro de 300 segundos de lunes a viernes y de un programa de 300 segundos diarios de lunes a domingo entre las 2:15 y 2:45; (iii) a la emisión de 6 spots de 90 segundos entre las 9:15 y 11:45 horas, 1 spot de 60 segundos a las 12:15 horas, de lunes a viernes y 1 spot diario de 90 segundos de lunes a domingo a las 2:15 horas aproximadamente; (iv) emisión de 2 spots de 60 segundo de lunes a viernes entre las 15:30 horas y las 20:30 horas desde los últimos 7 días de julio hasta el 7 de septiembre y desde el 15 de diciembre al 10 de enero.



Sólo quedan excluidos del compromiso de exclusividad, recogido en la Cláusula Cuarta del contrato, los spots, momentos internos o patrocinios de venta directa, para los que PUBLIESPAÑA podrá contratar con otras entidades.

El contrato entre las dos entidades finaliza el 3 de junio de 2009, a través de la renuncia de PUBLIESPAÑA (f. 2120, T. VI conf.), subrogándose ECI en las obligaciones de PUBLIECI, como se deduce de las cifras de facturación por televenta aportadas por ECI (f. 953, T. III, conf.).

No obstante, TELECINCO señala que desde el 29 de junio de 2010 no tiene ninguna participación en el capital social de PUBLIECI (f. 3162, T. T VII conf.), y que los espacios publicitarios de televenta de los distintos los canales de televisión en abierto de TELECINCO son gestionados únicamente por PUBLIESPAÑA, mediante acuerdos puntuales con los operadores de televenta.

17.5. Con fecha **14 de diciembre de 2007**, ECI y PUBLIMEDIA (filial al 100% de TELECINCO) firman un contrato por el que **surge el canal 24 horas de Televenta en TDT nacional en abierto denominado “CINCOSHOP”** (f. 741-755, T II conf.).

PUBLIMEDIA era la filial del Grupo Telecinco encargada de gestionar en exclusiva los espacios de televenta de los canales que sólo eran TDT (f. 741). En el contrato referenciado se establece que el canal Cincoshop utilizará la capacidad de transmisión de hasta 2 megabytes que TELECINCO poseía en su múltiple digital, estando previsto el inicio de las emisiones el 1 de enero de 2008.

En las cláusulas del contrato se prevé que Cincoshop emitiría programación de teletienda 21 de las 24 horas del día, estando las tres horas restantes dedicadas a la denominada *call tv*.

El contrato establece como duración hasta el 31 de diciembre de 2008 (Cláusula Cuarta), prorrogable automáticamente por periodos anuales, siempre que no medie denuncia expresa por parte de cualquiera de las dos sociedades con una antelación de tres meses.

Con fecha 1 de octubre de 2009, PUBLIMEDIA y ECI acuerdan la prórroga del contrato de explotación del canal “Cincoshop” hasta el 31 de diciembre de 2011 (f. 964, T. III conf.). Sin embargo, Cincoshop deja de emitirse el 30 de septiembre de 2010, previo requerimiento del Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías (f. 3192, T. IX).



18. Acuerdos ECI / Antena 3

A requerimiento de la DI, Antena 3 de Televisión SA (ANTENA 3) el 12 de noviembre de 2008 (f. 613-630) manifiesta que **desde el año 2005 ANTENA 3 había formalizado acuerdos para la emisión de anuncios y programas de teletienda con ECI** (y también con el operador de teletienda CANAL DIRECTO INTERACTIVO SL; f. 613-614) **para los canales Antena 3, Neox y Nova.**

Si bien en la fecha en que contestó ANTENA 3 ECI (y CANAL DIRECTO INTERACTIVO) continuaba emitiendo mensajes publicitarios sin compromiso contractual expreso, se han aportado los documentos acreditativos de las negociaciones iniciadas por ANTENA 3 con estas dos sociedades para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2008.

19. Acuerdo ECI /ONO

El **20 de enero de 2006**, ECI y ONO firman un contrato por el que **ECI comenzará a emitir en la plataforma de ONO los contenidos del canal de 24 horas de teletienda “La Tienda en Casa”** (f. 834-858).

La duración del contrato se establece en 1 año desde el 1 de febrero de 2006, aunque se prevé la prórroga automática por periodos mensuales (Cláusula Sexta).

El 10 de abril de 2007 se prórroga el contrato mediante carta compromiso dirigida por ONO a ECI. La duración de esta prórroga se establece por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 30 de abril de 2009, estableciéndose un sistema de prórrogas automáticas mensuales, como en el primero de los contratos (f. 833).

El 17 de marzo de 2009, ECI dirige a ONO carta en la que manifiesta su intención de dar por finalizado el contrato el 30 de abril de 2009 (f. 859).

20. Acuerdos ECI / VEO TV

- 20.1. El 2 de agosto de 2006** ECI y VEO firman un **contrato de colaboración para la puesta en marcha y explotación de un canal de teletienda de 24 horas diarias de TDT en abierto nacional denominado LA TIENDA EN VEO** (f. 344-357, T. I conf.).

En el contrato se establece que, como consecuencia de la solicitud realizada por VEO al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de autorización para emitir por un tercer canal, VEO tiene la intención de dedicarlo a explotar un canal de teletienda 24 horas que se denominará LA TIENDA EN VEO, que será emitido en TDT nacional en abierto. Así mismo se afirma que el contrato tiene por objeto la



emisión de los programas de televenta de ECI en dicho canal LA TIENDA EN VEO, “*acordando las partes exclusividad mutua para este forma de 24 horas en TDT*”. (Cláusula Primera).

El periodo de duración del contrato se establece en cinco años (desde el inicio de las emisiones), prorrogable por idénticos periodos con el mutuo acuerdo de las partes (cláusula octava). En caso de no existir prórroga del contrato, VEO y ECI establecen un pacto de no competencia de 1 año de duración para los canales televenta 24 horas (párrafo quinto de la cláusula octava) por el que ECI se obliga durante ese periodo a “*no firmar acuerdos de exclusividad con otros operadores de TDT para canales de 24 horas dedicados a televenta y VEO se compromete a no alcanzar acuerdos de contenidos o programas con ningún proveedor de televenta en exclusiva para un canal de televenta 24 horas*”.

El contrato condiciona su eficacia a la obtención por parte de VEO de la correspondiente autorización administrativa (el “tercer canal” de televisión) para comenzar las emisiones del tercer canal en las condiciones solicitadas.

20.2. Con fecha **15 de diciembre de 2006** ambas empresas firman un **nuevo contrato por el que modifican el anterior de 2 de agosto de 2006** (f. 358-361, T. I conf.), y en el que se afirma que pese a no haberse obtenido la antes referida autorización administrativa, “*VEO cuenta con habilitación normativa y la capacidad técnica necesarias para iniciar la prestación de servicios adicionales de TDT de televenta, que le permitirían la emisión de los programas de ECI*” (Expositivo III) y, en base a ello, “*proceder con carácter inmediato a la prestación de servicios adicionales de TDT de televenta las 24 horas al día, los 7 días de la semana, los 365 días del año*” (Cláusula Primera).

20.3. El **28 de abril de 2008** ECI y VEO firman una **segunda modificación del contrato de 2 de agosto de 2006** (f. 780-788, T. II, conf.).

Las partes motivan esta segunda adenda modificativa, entre otras razones, en la modificación del calendario prevista para la emisión de la TDT realizado por Real Decreto 920/2006, de 2 septiembre, así como el hecho de que ECI ya había llegado a acuerdos similares al alcanzado con VEO con posterioridad al año 2006 (HP 17.5: Cincoshop), lo cual hacía necesaria una modificación de las estipulaciones contractuales a las que habían llegado ambas sociedades.

Una de las modificaciones producidas guarda relación con el compromiso de exclusividad que ambas sociedades habían establecido en 2006. Esta exclusividad pasa a establecerse “*en el sentido de que ECI se compromete a la utilización en exclusiva en el servicio LA TIENDA EN VEO de la marca, titularidad de ECI, “La Tienda en Casa” / “LTC”, para canales 24 horas emitidos en abierto. Así, ECI se compromete a que LA TIENDA EN VEO sea el único Canal de Televenta*



en TDT en abierto en la que hay uso y presencia de la marca *LA TIENDA EN CASA (LTC)*”, para lo que ECI cede a VEO una licencia no exclusiva para la emisión de los programas de televenta (Cláusula Primera).

Mediante esta misma segunda Addenda modificativa del contrato de 2 de agosto de 2006, ECI y VEO establecieron una nueva letra c) en la Cláusula Primera del referido contrato, por la que *“VEO autorizaba expresamente la emisión, hasta un máximo de tres horas al día, de programas interactivos producidos para ECI, relacionados o complementarios a la televenta”* (f. 782).

- 20.4.** El 5 de noviembre de 2008 las mismas empresas firman un **tercera modificación del contrato de 2 de agosto de 2006** (f. 791-793, T. II conf.), por el que amplían el objeto del compromiso manifestado por las partes en abril del mismo año, de forma que las tres horas iniciales previstas para la emisión de programas interactivos producidos por ECI, relacionados o complementarios a la televenta, con efectos desde el 15 de noviembre, se amplían en la franja horaria de mañana a un total diario de 6 horas, estableciéndose como periodo de vigencia de esta tercera modificación un mes, prorrogable por mutuo acuerdo de las partes prestado por escrito.

Con fecha 10 de diciembre de 2008 (f. 789-790 conf.) VEO y ECI firman la primera prórroga de esta tercera modificación contractual, con validez para el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2008 y el 21 de enero de 2009.

Con fecha 21 de febrero de 2009, VEO y ECI (f. 777-779) deciden prorrogar nuevamente y durante un mes las condiciones estipuladas en el contrato de 5 de noviembre de 2008, con el establecimiento de prórrogas automáticas mensuales si no media denuncia expresa por alguna de las partes con un preaviso de quince días (Cláusula Primera).

El 21 de diciembre de 2010, VEO cesó en la emisión del canal de televisión denominado “La Tienda en Veo”.

- 20.5.** Mediante Adenda de fecha 20 de enero de 2011 al contrato de colaboración de 2 de agosto de 2006, VEO y ECI acuerdan *“dejar inmediatamente sin efecto el apartado quinto de la cláusula octava del referido acuerdo”* (f. 3624, T. XI), que contiene el pacto de no competencia referido *supra* en el HP 20.1.

21. Acuerdo ECI / TELEFONICA

A requerimiento de la DI, con fecha 15 de octubre de 2009 TELEFÓNICA manifiesta que únicamente mantiene relaciones comerciales de emisión de canales infocomerciales (televenta) en su plataforma de televisión de pago Imagenio con ECI, estando **el canal de televisión “La Tienda en Casa” disponible en**



IMAGENIO desde noviembre de 2007, sin compromiso de exclusividad expreso por ninguna de las partes (f. 925-926).

22. Acuerdo EHS / ONO

Con fecha **1 de junio de 2003**, EHS y ONO firman un contrato de colaboración por el que **EHS comienza a emitir en la plataforma de ONO el canal de 24 horas denominado EHS TV** (f. 892-923).

El contrato no contiene cláusula de exclusividad alguna, por lo que ONO puede difundir en sus oferta de canales otros canales dedicados a teletienda y EHS puede difundir su canal de 24 horas a través de otros operadores (Cláusula Primera c)).

La duración del contrato estaba prevista para un periodo inicial de dos años desde el 1 de junio de 2003 (o desde la fecha en la que ONO comenzara sus emisiones a través de tecnología digital) y se establecía, por una parte, la posibilidad de rescisión del contrato desde el primer año de vigencia y, por otra, la posibilidad de prórroga entre las partes por periodos de carácter anual (Cláusula Sexta).

Con fecha 4 de mayo de 2006, ONO dirige carta a EHS en la que comunica su intención de no distribuir el canal EHS TV a través de su plataforma desde el 1 de junio de 2006 (f. 924). Desde febrero de ese mismo año ONO emitía el canal 24 horas de televenta de ECI “La Tienda en Casa” (HP 19).

23. Acuerdo EHS / SOGECABLE

23.1. El 21 de julio de 2005, EHS y SOGECABLE firman un contrato de distribución por el que *“EHS concede a SOGECABLE, que acepta, una licencia de los derechos de comunicación pública y reproducción que ostenta sobre EL CANAL [EHS TV] para su radiodifusión por satélite a través del sistema DTH en el territorio de España y Andorra”* (f. 398-417, T. I conf.).

El acrónimo “DTH” significa Televisión Directa al Hogar, sistema definido como aquel por el que se comercializa y se distribuye por satélite directamente a cada usuario una señal para su recepción, de forma individual o colectiva, por medio de una parábola, un LNB y un descodificador.

El canal denominado “EHS TV” será accesible a todos los abonados de la plataforma digital de SOGECABLE y, tal y como se establece en la Cláusula Primera se emitirá **en no codificado** *“lo que permitirá también su recepción por todos los usuarios con antenas parabólicas orientadas a los satélites Astra e Hispasat”*. Además, *“SOGECABLE autoriza que los demás operadores con los que EHS haya suscrito o suscriba en el futuro acuerdos puedan recibir la señal del*



CANAL e inyectarla en sus respectivas redes de televisión a fin de que el canal pueda ser distribuido por los mismos”.

La duración del contrato se establece por un periodo de diez años (Cláusula Sexta) desde el 1 de septiembre de 2005, fecha en la que EHS TV comenzará sus emisiones en la plataforma, siendo su programación mínima de 24 horas (Cláusula Décima y Anexo I del contrato).

- 23.2.** El 30 de julio de 2007, EHS y CSD (al que SOGECABLE había cedido el contrato firmado con EHS el 1 de agosto de 2006) firman un contrato modificativo del acuerdo de 2005, como consecuencia de la solicitud de EHS al alegar ésta que *“la evolución de su negocio no respondía a sus previsiones iniciales, demasiado optimistas para el primer año”* (f. 423-427).

Este nuevo contrato modifica, por una parte la cuantía económica de las contraprestaciones y por otra, la duración inicial prevista del primer contrato, que pasa a ser de seis años a contar desde el 1 de septiembre de 2005.

- 23.3.** Con fecha **3 de junio de 2008**, SOGECABLE (a través de su filial Sogecable Media, S.L.) envía una carta-acuerdo a EHS por el que la primera **autoriza a EHS la comercialización de espacios de venta en el canal de TDT denominado “40 Latino”** (f. 1287-1291). Según la Cláusula Primera del contrato, *“EHS deberá producir bloques de tres horas de programas de teletienda... que serán emitidos entre las 17:00 y las 22:00 horas...”* *“Asimismo se emitirán anuncios publicitarios de teletienda... y que se concretarán en: 12 minutos de publicidad convencional emitidos antes del programa de 3 horas de teletienda que se emita de 18:00 a 21:00 horas y 12 minutos de publicidad convencional después del bloque de teletienda (a las 21:00 horas)”*.

Además de la cesión de espacio publicitario en el Canal “40 Latino”, el contrato prevé la posibilidad de que SOGECABLE pueda planificar la emisión en el canal **CUATRO** *“de dos agendas diarias (publicidad no convencional) producidas por EHS que se emitirán de lunes a viernes con una duración de 61 segundos en el canal de televisión en abierto “CUATRO”. “SOGECABLE se reserva la posibilidad de sustituir estas agendas “por otras fórmulas de publicidad... en cualquier momento, debiendo comunicarlo a EHS”* (Cláusula Primera).

El acuerdo establecía su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008 (Cláusula 3).

24. Acuerdos EHS / LA SEXTA

Con fecha **2 de julio de 2007**, PUBLISEIS (PUBLISEIS INICIATIVAS PUBLICITARIAS SAU) **firma con EHS** (f. 665- 672) **la cesión de espacio del segundo canal TDT (Canal TDT6)** por un total de 3 horas de emisión



comprendidas en la franja horaria de 17:30 a 20:30 horas de lunes a domingo (Cláusula Primera).

La duración establecida para el contrato era de 1 año desde el inicio de las emisiones, que estaba previsto para el 31 de julio de 2007, estableciéndose la posibilidad de prórrogas con el mutuo acuerdo de las partes (Cláusula Segunda). El contrato queda sin efecto el 15 de junio de 2008 como consecuencia del contrato entre NMM y PUBLISEIS.

La Cláusula Octava del contrato establece un compromiso de exclusividad por el que PUBLISEIS no podrá celebrar con terceros acuerdos para la emisión de teletienda en el canal TDT6.

Según manifestación de EHS, entre el 11 y el 13 de octubre de 2010 pudo emitir programas de teletienda en el Canal La Sexta 3 (f. 3193).

25. Acuerdos NMM / LA SEXTA

25.1. Con fecha **19 de octubre de 2006**, **PUBLISEIS firma con la sociedad New Millenium Market, S.L. (NMM) un contrato** (f. 640- 647) por el que la primera cede a la segunda “**el espacio publicitario de LA SEXTA** identificado a continuación (lunes a viernes en la franja horaria de 9:30 a 11:00 horas) para que dicha mercantil acometa el desarrollo de la teletienda” (Estipulación 1).

La duración del contrato se establece por el periodo que abarca desde el 1 de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2010 (Estipulación 2. Ver f. 649), siendo necesaria la conformidad de ambas empresas para proceder a la prórroga del mismo.

El contrato firmado entre las dos entidades recoge una cláusula de exclusividad en su Estipulación 5, por la que “ambas partes no podrán celebrar acuerdos con terceros con igual objeto al presente, todo ello sin perjuicio de la facultad reconocida a NMM en el punto 4.1...”, que establece que los productos publicitados por LA SEXTA en la franja de televisión cedida a NMM podrán ser ofertados a otros medios televisivos bajo determinadas condiciones.

El 26 de marzo de 2006, ambas sociedades firman una modificación del contrato original (f. 648-651,) en la que se establece una nueva franja horaria (lunes a viernes de 9:00 a 10:00 horas) y la cesión a NMM de espacio televisivo para la emisión de *call tv* (Estipulación 1).

Con fechas 4 de abril (f. 653-654), 16 de abril (f. 655-659) y 17 de septiembre de 2007 (f. 660-663) ambas sociedades firman nuevas modificaciones contractuales estableciendo nuevas franjas de emisión, tanto para los programas de teletienda,



como para los programas de *call tv* producidos por NMM. La última de las modificaciones prevé la posibilidad de rescisión unilateral del contrato con penalización del acuerdo a partir del 1 de enero de 2009 (Estipulación Segunda).

25.2. El 15 de junio de 2008 PUBLISEIS y NMM acuerdan que el espacio publicitario del canal TDT6 pase a estar explotado por NMM (f. 674-680). Las estipulaciones de este contrato en cuanto a la franja horaria de emisión y a exclusividad son idénticas a las recogidas en el contrato anterior firmado por PUBLISEIS con EHS (HP 24), siendo la cesión del espacio publicitario vigente desde el 1 de agosto hasta el 31 de diciembre del año 2008 (Cláusula Segunda).

26. Acuerdo CANAL DIRECTO INTEREACTIVO / ANTENA 3

A requerimiento de la DI, el 12 de noviembre de 2008 ANTENA 3 manifestó que **desde el año 2005** había formalizado acuerdos para la emisión de anuncios y programas de televenta con Canal Directo Interactivo S.L. (y con ECI; f. 613-614; HP 18) para los canales Antena 3, Neox y Nova.

Los contratos aportados no contienen exclusividad, y ANTENA 3 manifiesta que no existe de facto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del expediente

La Dirección de Investigación (DI) acordó incoar el presente expediente sancionador contra El Corte Inglés SA (ECI) al entender que existían indicios de haber llevado a cabo una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), en el mercado de televenta en España a través del acaparamiento de capacidad de emisión que restringe la entrada y expansión de terceros competidores.

Así mismo, este expediente S/0047/08 también se incoó contra ECI, Publici Television SA, Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura SA, Sogecable SA, Sogecable Media SL, Canal Satélite Digital SL, Gestevisión Telecinco SA, Publimedia Gestión SA, Publiespaña SA y Veo Televisión SA por considerar que existían indicios racionales de vulneración del artículo 1 de la LDC, al haber firmado estas mercantiles diversos acuerdos que pudieran contribuir, de forma directa o indirecta, a que se produzca el acaparamiento de esa capacidad de emisión de televenta (Antecedente de Hecho -AH-3).



No obstante, en el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) la DI concluye (párrafos 202 a 204) que:

“Que no existen elementos suficientes para acreditar que EL CORTE INGLÉS, S.A. ha podido incurrir en un abuso de posición de dominio mediante el acaparamiento de capacidad de emisión de televenta en España. Por ello, procedería acordar el sobreseimiento parcial del expediente de referencia en relación con la posible infracción del artículo 2 de la LDC.

Que los distintos acuerdos firmados por EL CORTE INGLÉS, S.A., con:

- a. CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA, S.A., SOGECABLE, S.A., CANAL SATÉLITE DIGITAL, S.L., SOGECABLE MEDIA, S.L., por una parte, en lo que afectan a la creación de la empresa en participación CANAL CLUB DE DISTRIBUCIÓN DE OCIO Y CULTURA, S.A., y a la plataforma de televisión de pago o los canales de TDT nacional de SOGECABLE, S.A.;*
- b. GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., PUBLIECI TELEVISIÓN, S.A., PUBLIMEDIA GESTIÓN, S.A.U. y PUBLIESPAÑA, S.A., por otra parte, en lo que afectan a la creación de la empresa en participación PUBLIECI TELEVISIÓN, S.A. y a los canales de TDT nacional de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A.;*
- c. VEO TELEVISIÓN, S.A., por otra parte, en lo que afectan a los canales de TDT nacional de VEO TELEVISIÓN, S.A.*

en relación con la emisión de espacios de televenta en TDT de ámbito nacional o en la plataforma de televisión de pago de SOGECABLE, S.A., pueden ser acuerdos contrarios al artículo 1 de la LDC, en la medida que cada uno de estos bloques de contratos restringen excesivamente la capacidad de terceros para adquirir espacios para la emisión de televenta en los canales de TDT de ámbito nacional gestionados por SOGECABLE, S.A., GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. y VEO TELEVISIÓN, S.A., respectivamente.”.

Esta conclusión jurídica se mantiene en la Propuesta de Resolución notificada a las partes y elevada a este Consejo (AH 7). La empresa denunciante (EHS) comparte con matices la segunda conclusión (existencia de infracción del art. 1 de la LDC) pero discrepa de la primera, entendiendo en lo fundamental que la DI ha errado en la delimitación del mercado relevante del producto y, por ello, en la valoración de la posición de ECI en ese mercado y en la existencia de una infracción por su parte de la prohibición del abuso de posición de dominio del art. 2 de la LDC. Por el contrario todas las empresas imputadas comparten la primera de las valoraciones de la DI, pero discrepan de la segunda, entendiendo que los acuerdos controvertidos no son restrictivos, ni por objeto ni por efecto, y en su caso estarían amparados por el



Reglamento CE 2790/1999 de exención de determinadas categorías de restricciones verticales.

Por tanto, en primer lugar, el Consejo debe pronunciarse en esta Resolución sobre la propuesta de sobreesimiento del expediente en relación con la posible infracción por ECI del art. 2 de la LDC; es decir, de acuerdo con el art. 53.1.c) de la LDC si como considera la DI no ha resultado acreditada la existencia de prácticas anticompetitivas prohibidas. Y en segundo término si los acuerdos concluidos por ECI con diversos operadores de televisión y que son objeto de este expediente sancionar constituyen una infracción del art. 1 de la LDC.

En todo expediente sancionador por conductas de abuso de posición de dominio resulta fundamental la delimitación del mercado o mercados relevantes de producto y geográfico, pero en este caso, por las peculiaridades que concurren en los acuerdos controvertidos, resulta igualmente necesaria tal delimitación para el análisis de la imputación de infracción del art. 1 de la LDC. Con todo, antes de proceder a la delimitación de los mercados relevantes a los efectos de este expediente sancionador, es preciso abordar las alegaciones de procedimiento y prueba planteadas por algunas de las partes.

Segundo.- Alegaciones de procedimiento

VEO, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (PR), sostiene que la DI no ha hecho referencia en dicho documento a datos importantes, cuya omisión vicia el procedimiento y, por ello, procedería reponer el mismo al momento en que debió narrarse la integridad de los hechos acaecidos y no sólo una parte. En concreto, VEO considera que en la PR han sido omitidos los hechos siguientes: (i) que desde el 21 de diciembre de 2010 no se emite el canal de televenta 24 horas “la Tienda en Veo”; (ii) que el 30 de diciembre de 2010 VEO formuló una solicitud de terminación convencional denegada mediante Acuerdo de 11 de enero de 2011; (iii) que el 4 de febrero de 2011 Veo y ECI presentaron en la CNC escrito por el comunicaban que, mediante adenda de 20 de enero de 2011, habían acordado dejar sin efecto, con carácter inmediato, el apartado 5º de la cláusula 8ª del contrato de colaboración de 2 de agosto de 2006, que contenía el pacto de no competencia post-contractual firmado por ambas. En su escrito de alegaciones VEO termina solicitando, entre otros pronunciamientos, que el Consejo admita la prueba consistente en: (i) incorporar al expediente el referido escrito de 4 de febrero de 2011; (ii) que se solicite a la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (SETSI) certificación acreditativa de que el servicio “La Tienda en Casa” ha cesado sus emisiones el día 20 de diciembre de 2011; y (iii) la celebración de vista.

Mediante Acuerdo de Prueba, Vista y Confidencialidad de 21 de julio de 2011, el Consejo resolvió las solicitudes de prueba realizada por las partes. En el AH 5 de dicho



Acuerdo del Consejo se señala que VEO, ECI, PUBLIECI y CANAL CLUB habían solicitado la apertura de la terminación convencional del expediente, y que la DI había acordado no iniciarla por Acuerdo de 11 de enero de 2011. Asimismo, y en relación con la solicitud de incorporar al expediente la documental aportada con fecha 4 de febrero de 2011, el Consejo subrayó que la misma “*ya fue incorporada por la Dirección de Investigación*” al expediente, en los folios 3622 a 3625 del T. XI (FD 2º). Y en relación con la solicitud de vista el Consejo resolvió denegarla por considerar que con la prueba admitida y a practicar, junto con la documentación que ya consta en el expediente, existe en el expediente información suficiente para realizar un adecuado análisis o enjuiciamiento de la propuesta que la DI somete a su consideración.

En el plazo de 7 días que el art. 51.1 de la LDC concede a las partes para alegar al referido Acuerdo del Consejo de Prueba, Vista y Confidencialidad, VEO, mediante escrito con entrada en la CNC el 3 de agosto de 2011, manifiesta que: (i) el Consejo le había omitido en el AH 7 del citado Acuerdo de Prueba de la relación de empresas que habían presentado alegaciones a la PR, y, por ello, solicita que se considere que formuló en tiempo y forma las referidas alegaciones; (ii) Que también se omite injustificadamente la documental aportada con fecha 4 de febrero de 2011 consistente en su incorporación al expediente, por lo que solicita que la DI practique dicha prueba; y (iii) reitera la solicitud de celebración de vista.

VEO ha reiterado estas mismas cuestiones en sus posteriores escritos presentados en la CNC el 3 de agosto de 2011 y el 12 y 26 de septiembre de 2011. El Consejo considera que ninguna de ellas puede ser aceptada.

En primer lugar, en el marco de sus alegaciones al PCH y, con carácter subsidiario, VEO y ECI solicitaron el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación del expediente de referencia. Los acuerdos de la DI por los que se desestiman estas peticiones motivan esta negativa en la consideración de que “*no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, entre otras razones, por el periodo de vigencia de los acuerdos analizados*”. Estando, pues, suficientemente motivado el Acuerdo de la DI, y siendo una potestad de la CNC la terminación convencional de los expedientes sancionador, el Consejo considera que tal actuación es conforme a Derecho.

En segundo lugar, en lo que respecta a la no práctica por el Consejo de la prueba consistente en la incorporación al expediente de la documental presentada por VEO en el Registro de la CNC el 4 de febrero de 2011, en la que consta que VEO y ECI acordaron mediante adenda al contrato de 2 de agosto de 2006 dejar sin efecto el pacto de no competencia contenido en la cláusula 8ª del citado contrato de 2 de agosto de 2006 (HP 20.1 y 5). Ese documento se presentó el mismo día en que el instructor de la DI acordó el cierre de la fase de instrucción; es decir, una vez finalizado el plazo que las partes tienen para presentar alegaciones al PCH (art. 33.1 del RDC). Ello no obstante, la



DI tuvo en cuenta esa documentación presentada fuera de plazo, pues en el Informe y Propuesta de Resolución elevado a este Consejo no sólo se hace mención a la misma sino que se valora que su contenido *“no afecta a los hechos acreditados ni a la valoración jurídica de los mismos recogida en la propuesta de resolución de 8 de febrero de 2011”* (apartado Segundo, pág. 68), añadiendo que el citado escrito (y la adenda contractual de fecha 20 de enero anexo que se adjunta al mismo) *“ya se ha incorporado al expediente de referencia”* (apartado Tercero, pág. 89). Por tanto, si tal documentación ya estaba incorporada al expediente y si lo que solicita VEO en sus alegaciones a la PR (y en sus escritos posteriores) es *“incorporar al expediente la documental aportada con fecha 4 de febrero de 2011”*, el Consejo en su Acuerdo de Prueba, Vista y Confidencialidad se limita a constatar esta realidad procesal, que impide la procedencia de acordar la incorporación de una documentación que ya ha sido incorporada.

En tercer lugar, en lo que al cese de emisión del canal 24 horas de televenta “La Tienda en Veo”, con fecha 3 de diciembre de 2010, la DI solicitó a la SETSI el informe preceptivo al que hace referencia el artículo 17.2.d) de la LDC (f. 3316 a 3331), recibiendo tal informe el 20 de diciembre de 2010 (folios 3370 a 3377). En ese requerimiento la DI preguntaba a la SETSI si se había producido el cese de emisiones de algún canal 24 horas de televenta en TDT nacional desde el 1 de octubre de 2010, y si se preveía que en los próximos meses se produciría el cese de la emisiones de algún canal de televenta de TDT nacional por superarse el límite de cuatro canales dentro del múltiple. A esta cuestiones la SETSI respondió (con fecha 15 de diciembre de 2010) que TELECINCO había cesado con fecha 30 de septiembre de 2010 en la emisión del canal de televenta “Cincoshop”, y que como VEO TV estaba emitiendo cinco canales dentro del múltiple asignado (cuando el límite legal son cuatro), *“con fecha 30 de noviembre de 2010 se le notificó requerimiento para que cesara de emitir alguno de los cinco canales, sin que hasta la fecha actual se haya producido dicho cese.”* Por tanto, la actuación de la DI ha sido correcta en la medida en que no omitió información de la que dispusiese al tiempo de elaborar la PR notificada a las partes, pues tampoco VEO en su escrito de alegaciones al PCH y otros posteriores solicitando el inicio de la terminación convencional, acreditó que se hubiera producido dicho cese. En todo caso, a petición de la CNC y mediante certificación de 29 de julio de 2011, la SETSI manifiesta que VEO ha cesado en la emisión del canal “la Tienda en Veo” el día 21 de diciembre de 2010.

Por último, en relación con la celebración de vista, el Consejo reitera lo ya acordado en su Acuerdo de Prueba, Vista y Confidencialidad: la celebración de vista es un instrumento procesal de uso discrecional por el Consejo que, en este caso concreto, no considera necesario para la formación de su juicio.

ECI manifiesta en su escrito de alegaciones a la PR que ésta es un completo caos, pues a su juicio la DI confunde fechas, mezcla contratos, cambia calificaciones y, además, la propuesta al Consejo no es congruente con lo expuesto en el texto del Informe (f. 3773-



3777). El Consejo no puede compartir esta alegación, pues más allá de algunos errores de cita que la DI ha admitido, lo que la empresa en general considera errores o incoherencias graves no son sino discrepancias de valoración jurídica, y aquéllos –los errores– en modo alguno son de entidad suficiente para que la empresa no haya podido conocer y defenderse adecuadamente de la imputación realizada.

Tercero.- Delimitación de los mercados relevantes

A) Análisis de la Dirección de Investigación:

La DI considera que existen dos mercados de producto relevantes: el mercado de la publicidad en televisión y el mercado de la televenta.

En cuanto al **mercado de emisión de espacios publicitarios en televisión o mercado de la publicidad en televisión**, la DI fundamenta su delimitación en las consideraciones siguientes:

El derecho a emitir contenidos publicitarios a través de la televisión aparece regulado en la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA) dentro del derecho reconocido a los operadores audiovisuales para emitir contenidos publicitarios y que éstos podrán ejercer dentro de los límites establecidos por la propia norma.

La televenta es una actividad económica definida por la LGCA como “*la comunicación audiovisual televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones*”. Esta actividad compite con otras formas de publicidad en televisión como los mensajes publicitarios, las telepromociones, los patrocinios, o los emplazamientos de producto.

Ahora bien, la emisión de publicidad en televisión no se configura como un derecho absoluto por parte de los operadores audiovisuales, sino que encuentra unos límites en relación a su comunicación establecidos por la propia normativa. Así, en el año 2008 (año en el que se produce la entrada de la denuncia de EHS) la emisión de publicidad (incluida la televenta) en las cadenas de televisión no podía ser superior al 20% del total del tiempo de emisión, ni el tiempo dedicado a anuncios publicitarios podía ser superior al 15% del total del tiempo de emisión (art. 13.1 Ley 25/1994), ni tampoco el tiempo que los canales podían disponer para la emisión de anuncios publicitarios y de televenta podía ser superior a los 17 minutos por hora (art. 13.2 Ley 25/1994).

Junto a esta emisión de publicidad, cada canal podía dedicar hasta tres horas al día a la emisión de “*programas de televenta*”, siempre que estos programas se distinguieran de otros y tuvieran una duración mínima de 15 minutos.



Desde el 1 de mayo de 2010, las condiciones para emitir publicidad cambian. Se reconoce el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva a emitir mensajes publicitarios y televenta con un límite de “12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj” (art. 14.1 Ley 7/2010, que reconoce excepciones para determinadas formas de comunicación comercial). Además de esta cláusula general, también se regulan las emisiones publicitarias según el tipo de programa que se emite. En este sentido, se establece que durante la emisión de películas para la televisión, largometrajes y programas informativos (con una interrupción por cada periodo de 30 minutos), programas infantiles (con una interrupción igual a la establecida en el bloque anterior, siempre que éstos tengan una duración superior a los 30 minutos); las retransmisiones de acontecimientos deportivos (cuando el acontecimiento se encuentre detenido).

La emisión de los “mensajes de venta” tiene las mismas limitaciones en cuanto a su emisión que las descritas en el párrafo anterior, con la particularidad de que este tipo de comunicación comercial debe tener una “duración ininterrumpida mínima de 15 minutos” (art. 15 Ley 7/2010).

La posibilidad de emitir televenta dentro de la programación de los canales de televisión no se limita a la inserción de mensajes o programas de televenta en los canales de televisión tradicionales, sino que la Ley 25/1994, de 12 de julio, abrió paso al establecimiento de los denominados canales de 24 horas de televenta, figura que ha mantenido la vigente LGCA (Ley 7/2010), que los define como canales que “emiten exclusivamente contenidos de venta directa organizados en programas con una duración mínima ininterrumpida de 15 minutos” y, por tanto, no sometidos a los límites de emisión comercial a los que se someten el resto de canales (art. 2.6).

La DI considera que para la obtención de estos espacios, las empresas de televenta tienen que acudir con otros demandantes de espacios publicitarios a las cadenas de televisión, que son las oferentes de ese espacio televisivo. Por este motivo, la DI concluye que un mercado relevante afectado por el presente expediente es el de emisión de espacios publicitarios en televisión (también denominado publicidad en televisión), en el que los operadores de televenta serían demandantes. Añade la DI que la existencia de este mercado relevante ya ha sido acreditada por la CNC en el marco del expediente C/0230/10 TELE CINCO/ CUATRO, sin que tenga sentido a juicio de la DI diferenciar distintos mercados según la tipología del demandante de espacios publicitarios (de espacios para publicidad convencional –que no contienen oferta directa de venta- o de espacios de televenta), en la medida que los operadores de televisión están en condiciones de proveer espacios publicitarios a todo tipo de demandantes publicitarios, sin que las limitaciones normativas para la emisión de espacios publicitarios generen las suficientes diferencias entre demandantes como para justificar una segmentación.



En cuanto a la definición de un **mercado de televenta**, la DI sustenta esta delimitación en las consideraciones que siguen:

Aguas abajo existiría un mercado producto relevante diferenciado de televenta o venta directa a través de televisión, en el que los oferentes distribuyen distintos tipos de productos a través de ofertas directas en televisión.

Los productos a distribuir son adquiridos a terceros por el propio operador de televenta, que en cualquier caso asume el riesgo de la distribución y precisa de inversiones previas en instalaciones de logística, almacenamiento y distribución del producto, para su entrega al cliente final.

Este mercado se diferenciaría de otras modalidades de distribución de productos en que el propio espacio publicitario televisivo se convierte en el mecanismo de captación directa de los clientes finales. Así, el espacio de televenta, aparte de publicitar el producto, aporta los medios para iniciar la transacción de forma inmediata, al recoger un teléfono y una página web donde se puede hacer el pedido, las condiciones de precio y de pago del producto que permiten al cliente hacer su pedido de forma inmediata al visionado del espacio de televenta.

En este sentido, desde el punto de vista de los clientes finales, esta modalidad de distribución se diferenciaría de otras en que únicamente requiere de un teléfono o acceso a Internet para iniciar la transacción, de forma más o menos inmediata al visionado del espacio de televenta, y en muchos casos, la transacción se completa de forma inmediata por vía telefónica o Internet, sin perjuicio de que posteriormente se produzca el envío por correo del producto adquirido.

Asimismo, la cobertura poblacional, la audiencia y la inmediatez de la televenta lleva a que la misma no sea suficientemente sustituible desde el punto de vista la oferta con otras modalidades de venta a distancia, como venta por catálogo, venta por Internet, etc.

Una particularidad de la actividad de televenta que desarrollan ECI y EHS, y que hay que diferenciar de la actividad que desarrollan otros operadores que utilizan los spots de televisión para captar de forma directa al cliente, es que ECI y EHS distribuyen a través de televenta un amplio abanico de productos, utilizando para ello no sólo los spots de televenta, sino también los infocomerciales y los canales de televenta de 24 horas, en la medida que el abanico y la tipología de los productos que se distribuyen justifican el uso por ECI, EHS y operadores similares, de todas las formas de difusión televisiva de la televenta.

Por todo ello, la DI considera que se puede concluir que ECI, directamente o a través de sus filiales, y EHS operan en un mercado de producto diferenciado de televenta o venta directa televisiva.



Por último, en cuanto a la **delimitación geográfica** de ambos mercados de producto, la DI considera que el mercado de publicidad en televisión se configura como un mercado de ámbito nacional, ya que la explotación comercial de estas actividades se hace sobre la base de mercados nacionales en los que rige una normativa y unas condiciones de competencia específicas y en los que compiten empresas cuya dimensión se articula en todo el territorio nacional. Todo ello sin perjuicio de que como señala la CNC en el expediente C/0230/10, se ha dejado abierta la posibilidad de delimitar mercados regionales o locales según la cobertura geográfica del operador de televisión en abierto que oferta la publicidad.

Por lo que respecta al mercado de televenta, el mismo también tiene una dimensión nacional, pues los operadores utilizan estrategias competitivas nacionales.

B) Alegaciones de las partes y contestación de la Dirección de Investigación:

En lo relativo al **mercado de venta directa a través de la televisión**, VEO, ECI y TELECINCO coinciden, con matices, en sostener que este mercado es más amplio. En particular, VEO alega que los espacios o servicio interactivos son sustitutos de la televenta por el lado de la demanda, por cuanto aquéllos no se limitan –como afirma la DI– a la participación en juegos y concursos. TELECINCO considera que las ventas a distancia a través de Internet formarían junto con la televenta parte del mismo mercado, pues entiende que desde la perspectiva de la demanda no existe diferencia relevante alguna entre la actividad que desarrollan, por ejemplo, EHS o ECI a través de un anuncio o programa de televenta de la venta de la actividad de venta que realizan a través de sus respectivas páginas web: hay identidad en los productos comercializados, en los servicios de venta ofrecidos al cliente; en los recursos logísticos utilizados e, incluso, en la página web es posible visionar los mensajes o programas de televenta que se pueden visionar en el canal de televisión. Añade TELECINCO que no sólo existe sustituibilidad por el lado de la demanda, sino también por el lado de la oferta entre quienes prestan servicios de televenta y quienes operan en otras formas de venta a distancia y, en particular, en las ventas a distancia por Internet. Por último, ECI defiende un mercado todavía más amplio, conformado por todos los canales de venta a distancia, citando a estos efectos decisiones de diversas autoridades de competencia que, incluso, dejarían abierta la posibilidad de la que la distribución tradicional formase parte también del mismo mercado de producto.

En cuanto al mercado relevante definido por la DI como **mercado de emisión de espacios publicitarios en televisión o mercado de la publicidad en televisión**, EHS considera que este mercado es más estrecho, estando únicamente integrado por los canales 24 horas de televenta en TDT nacional en la medida en que son un producto que presenta características propias que lo diferencian de los espacios reservados en los canales de televisión para mensajes e infocomerciales o programas de televenta. A estos efectos argumenta que: (i) el Plan Técnico Nacional de la TDT de 2005 no preveía



designar ninguno de los canales de TDT asignados a los concesionarios a televenta; (ii) antes de aparecer la TDT la oferta de canales 24 horas de televenta se restringía a las plataformas de televisión de pago; (iii) hasta la entrada en vigor de la Ley 7/2010 los límites a la emisión de televenta eran distintos a los establecidos para los spots publicitarios; (iv) existen diferencias muy significativas entre un canal 24 horas de televenta en TDT nacional y los formatos tradicionales de televenta que se emiten en los canales convencionales: a) empresas de televenta y anunciantes compiten por los espacios reservados por los operadores de televisión para spots de televenta o publicitarios, pero la competencia no existe para la obtención de derechos de explotación sobre canales 24 horas de televenta; b) el canal 24 horas de televenta goza de una audiencia o grupo de consumidores específico y diferenciado del de los canales de televisión; c) los canales 24 horas son la única posibilidad que tienen los operadores de televenta de acceder a espacios de televisión a las horas de mayor audiencia del día, que en los canales de televisión son acaparados por los anunciantes convencionales; c) las condiciones de comercialización de canales 24 horas de televenta y de los infocomerciales o programas de televenta, en cuanto a precio, duración del acuerdo y cláusulas de exclusividad entre otras diferencias; y d) la empresa de televenta tiene el control editorial y de gestión del canal 24 horas de televenta, lo que le permite desarrollar estrategias comerciales y obtener economías de escala, que resultan imposibles a través de la difusión de spots de televenta o infocomerciales en un canal de televisión.

La DI analizó estas alegaciones de las partes y concluyó que resultaba procedente confirmar la delimitación de los mercados relevantes realizada en el PCH, pues:

“(256) En primer lugar, desde el punto de vista de la demanda, resulta evidente que los consumidores no perciben como suficientemente sustitutivos los distintos canales de distribución comercial. En particular, la televenta tiene unas características especiales, por su inmediatez y difusión universal, que no tienen otros canales de distribución, ya sea física o por internet.

(257) Por otra parte, resulta evidente que no existe suficiente sustituibilidad por el lado de la oferta entre las distintas modalidades de distribución comercial, en la medida que la televenta exige la contratación de unos inputs específicos, los espacios televisivos, que no necesitan otras modalidades de distribución comercial. En relación con otras modalidades de distribución comercial aducidas por las alegantes, la televenta no necesita inversiones específicas en puntos de venta físicos ni en plataformas de comercio electrónico.

(258) En lo que respecta a la sustituibilidad por el lado de la demanda entre espacios de televenta y espacios interactivos, resulta evidente que tal sustituibilidad no existe, ya que se cubren necesidades distintas: en el primer caso se compran



productos, mientras que en el segundo se participa en juegos o concursos, con un coste para el usuario.

- (259) *Desde el punto de vista de la oferta tampoco existe suficiente sustituibilidad, en la medida que en la televenta es necesario gestionar un stock físico de productos que se entregan a los consumidores, algo que exigiría inversiones cuantiosas y un cambio en el modelo de negocio a un operador que sólo gestionase espacios televisivos interactivos.*
- (260) *En cualquier caso, a los efectos del presente expediente, resulta indiferente determinar si la televenta y los espacios interactivos forman parte o no de un mismo mercado, en la medida que no altera las conclusiones del análisis.*
- (261) *En particular, a los efectos de la aplicación del artículo 1 LDC, el Consejo de la CNC ha señalado que la definición del mercado relevante no es elemento imprescindible para determinar si un acuerdo es restrictivo de la competencia por su objeto o efectos.*
- (262) *Por otra parte, en lo que respecta al mercado de publicidad en televisión, esta Dirección de Investigación entiende que EHS lo segmenta excesivamente, al delimitar un mercado de canales de televenta 24 horas en TDT nacional. En particular, los operadores de TDT nacional, a la hora de configurar su programación y sus espacios de televenta, cuentan con plena libertad para establecer canales de televisión con programas de televenta o con otro tipo de programas. Lo mismo ocurre a la hora de asignar los espacios publicitarios a infocomerciales, spots de televenta, spots publicitarios, etc.*
- (263) *Esto implica que desde el punto de vista de la oferta existe una sustituibilidad muy significativa, que impide definir un mercado tan estrecho como el propuesto por EHS.*
- (264) *Esta conclusión ha sido confirmado por la propia SETSI, que considera que, dentro del marco de la regulación actual, la televenta se caracteriza por la existencia de canales exclusivos dedicados a televenta (sometidos a la normativa de publicidad y organizados por programas de una duración mínima de 15 minutos, que no computan de cara a los límites de publicidad por hora) y por la existencia en los canales generalistas de la posibilidad de emitir mensajes de televenta (que deben estar claramente diferenciados de los programas, deben respetar la integridad del programa en el que se insertan y computan de cara a los límites de publicidad), así como de programas de televenta, que deben tener una duración ininterrumpida de 15 minutos para no computar de cara a los límites de publicidad.”.*



C) Valoración del Consejo:

El Consejo comparte con la DI que los mercados de producto relevantes en los que tienen lugar las conductas analizadas en este expediente son, ambos, de dimensión nacional. Por lo demás esta es una delimitación que no ha sido cuestionada por ninguna de las empresas parte del expediente. En lo que hace al mercado de producto que la DI delimita como de la publicidad en televisión, el Consejo considera que para los operadores de televenta la oferta de espacios televisivos para emitir televenta está integrada tanto por los operadores de televisión de ámbito nacional como por aquéllos cuya emisión es de ámbito autonómico o local. Así lo parece indicar también la DI en el párrafo 245 del IP, e igualmente esta sustituibilidad por el lado de la oferta se aprecia en el hecho de que operadores de televenta como ECI y EHS hayan contratado espacios de televenta en las tres categorías de operadores de televisión en los años en los que existen datos en el expediente (HP 15.4).

Por el contrario, el Consejo no hace suya la delimitación de mercados de producto contenida en el PCH antes reproducida, que además se aparta de los precedentes existentes.

Así, en relación con el mercado aguas arriba, el Consejo considera que la emisión de publicidad en televisión y la emisión de televenta no configuran un mismo mercado de producto relevante por cuanto no existe sustituibilidad suficiente desde el lado de la oferta y de la demanda.

Los anuncios o spots publicitarios y los mensajes y programas de televenta son formas o manifestaciones distintas de comunicación comercial audiovisual (HP 13.4), y como tales ambas son emitidas por el mismo tipo de prestador de servicios de comunicación audiovisual y han estado siempre reguladas en la misma disposición normativa. Pero ya desde el texto primigenio de la Ley 25/1994 los mensajes de televenta han tenido una regulación –en cuanto a colocación, duración de la oferta directa al público de venta y porcentaje máximo diario– parcialmente distinta a la establecida para los mensajes publicitarios convencionales (arts. 13.7 y 14.1 y 3). Especificidades regulatorias de la televenta que se acrecientan con la reforma producida con la Ley 22/1999 (los primeros contratos de ECI y SOGECABLE son de fecha inmediatamente posterior a la fecha de esta Ley), regulando la inserción de programas de televenta en los canales de televisión convencional y la emisión de canales 24 horas de televenta (HP 13.2), y de forma particular con la entrada en vigor de la Ley 7/2010, en la que en lo sustancial se mantiene el régimen anterior para los mensajes de televenta y se elimina todo límite temporal (bajo la Ley 25/1994 no podían superar las 3 horas diarias) para los “programas de televenta” (art. 15.2 e Informe de la SETSI, f. 3375, T. IX). Además se establecen los conceptos de “mensaje publicitario” y “televenta” como modalidades de “comunicación comercial audiovisual”, así como el concepto legal de “canal de televenta” (HP 13.4).



Tampoco existe suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda. Como se señala en la concentración C/230/10, TELECINCO/CUATRO: (i) Con carácter general los principales demandantes de spots publicitarios –las empresas de productos de gran consumo–, no figuran entre los principales operadores de televenta; (ii) La presencia de las centrales de medios, muy relevante en la contratación de los mensajes publicitarios en calidad de agregadores de demanda de espacios publicitarios televisivos, no parece apreciarse en relación con la demanda de espacios para la emisión de televenta; (iii) En la demanda de espacios reservados a televenta tampoco se aprecia la estacionalidad que existe en los anuncios publicitarios; (iv) La emisión de mensajes y programas de televenta no compite con la emisión de spots publicitarios por las horas pico o *prime time*, que por su elevado coste son desechadas por los operadores de televenta, que suelen ocupar las horas valle o *day time* (HP 17.4, 23.3 24, 25.1 y 2).

Por lo demás, ya el TDC en su Resolución de 30 de junio de 2003 (Expte. r 545/02 Antena 3, en el que el denunciante era también EHS), y ante la alegación de la denunciada de que la publicidad en televisión y la televenta integran el mercado de la publicidad en televisión en la medida en que son productos sustitutivos para el operador debido a las disposiciones legales, y previo análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 22/1999 en el cuerpo de la Ley 25/1994, el TDC concluye que el mercado relevante de producto es el “*mercado de espacios televisivos susceptibles de ser utilizados para la televenta*” (FD 3 al final).

Esta consideración sobre el mercado relevante no significa que la delimitación de mercado de producto realizada en la concentración C/230/10, TELECINCO/CUATRO haya sido errónea. La operación de concentración reforzaba de forma considerable la posición del Grupo TELECINCO como oferente de espacios televisivos para emitir mensajes publicitarios, en grado tal que le podía permitir autonomía de comportamiento frente a los anunciantes en general, sin que en momento alguno de la concentración se plantease un problema específico respecto de los demandantes de espacios de televenta. Por el contrario, en este expediente sancionador es objeto de análisis la conducta de un concreto demandante de los espacios que los operadores de televisión destinan para la emisión de una forma particular de comunicación comercial audiovisual (HP 13.3), y desde esta perspectiva el Consejo observa que la demanda de estos operadores presenta peculiaridades suficientes respecto de los demandantes de anuncios convencionales como para que la televenta constituya, desde esta perspectiva, un mercado de producto diferenciado respecto del mercado de la publicidad televisiva.

La aparición y posterior expansión de los canales 24 horas de televenta, particularmente en TDT nacional en abierto, y sus particularidades evidentes en relación con la emisión de mensajes y programas de televenta en canales de televisión convencionales, invitan a analizar si conforman un mercado de producto diferenciado, como así alega el operador de televenta denunciante EHS. Del examen de la tabla “*Ingresos del grupo ECI y EHS según el tipo de canales*” (HP 15.3), se puede concluir que la explotación de canales 24



horas de televenta en TDT nacional en abierto tiene una gran importancia para las empresas de televenta, pero que incluso no disponiendo de tales derechos de explotación, como era el caso de EHS en los años 2007-2009, es posible no sólo operar en el mercado de la televenta sino incrementar el volumen de negocios.

Este dato indicaría que los canales 24 horas de televenta en TDT nacional en abierto y la televenta en los canales de televisión convencional configuran probablemente un único mercado de producto de ámbito nacional. Con todo, el Consejo considera que no es necesario cerrar esta cuestión para resolver la propuesta que la DI ha elevado para resolución, tal y como se argumentará en el FD siguiente.

Respecto al mercado aguas abajo, definido por la DI como el mercado de la televenta o mercado de venta directa a través de televisión, el Consejo considera que este mercado de producto está integrado por todas las modalidades de venta a distancia. Como ha puesto de relieve ECI en sus alegaciones, existen precedentes de otras autoridades de competencia que se pronuncian en el sentido de que todos los canales o modalidades de venta a distancia forman parte de un mismo mercado de producto: Decisión de la Comisión Europea de 16/2/2010, As. COMP/M.5721, *Otto / Primondo Assets*; Decisión de la autoridad francesa de la competencia nº 10-DCC-42 de 25/5/2010, relativo a la adquisición por la sociedad *3 Suisses International SA* de ciertos activos de la sociedad *La Surce*; y Decisión de la autoridad británica de la competencia de 17/3/2008, As. ME/3539/08, *Littlewoods Shop Direct Group Limited / Redcats (Brands) Limited*.

En realidad, se podría considerar que la televenta no es, propiamente, un canal de distribución sino simplemente una modalidad de comunicación comercial audiovisual, que se diferencia de la publicidad convencional (spots publicitarios) y de otras formas de comunicación comercial audiovisual (emplazamiento de productos, patrocinio, etc.) por contener una oferta directa de venta, o como dice el art. 2.24 de la Ley 7/2010: “*ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o a la prestación de servicios...*”. La venta o transacción (propiamente, la aceptación) que pueda seguir, de forma más o menos inmediata, a esa oferta directa contenida en el mensaje o en el programa de televenta emitidos en los canales de generalmente exige del cliente la utilización de otro medio tecnológico, como el teléfono (venta telefónica) o el acceso a una determinada página de Internet (comercio electrónico).

La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, establece un único concepto de venta a distancia (art. 18.1): “*Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor*”, y con carácter general establece un único régimen jurídico para todas las modalidades, con determinadas particularidades en lo relativo al régimen publicitario según el medio o canal empleado. Por tanto, la diferencia sustancial entre las distintas formas de venta a distancia radica en el soporte publicitario (televisión,



radio, internet, teléfono, catálogo) utilizado para realizar la oferta directa de venta y para recibir la aceptación por parte del comprador, pero esta diferencia en los medios de contratación utilizados no es suficiente para que cada canal o soporte utilizado por el operador de venta a distancia configure un mercado diferenciado, cuando todos esos canales exigen disponer de inputs similares (excepto el soporte publicitario utilizado para hacer la oferta directa de venta), que son susceptibles de ser utilizados, con carácter general, para la comercialización de la misma categoría de productos y servicios, como prueba el hecho de que varios operadores están presentes, al tiempo y para los mismos productos, en televisión, Internet (como es el caso, por ejemplo, de EHS, ECI y Directo a Casa, los únicos operadores de televenta que gestionan canales 24 horas de televenta) y mediante catálogo. En este sentido, el análisis de mercado realizado en los precedentes antes citados indican la existencia de presiones competitivas entre las distintas modalidades de venta a distancia, lo que unido a la ausencia de barreras de entrada relevantes a las mismas, lleva a este Consejo a concluir que el mercado relevante está integrado por todas las modalidades de venta a distancia.

Cuarto.- Sobre la conducta de ECI de abuso de su posición dominante

A) Análisis de la Dirección de Investigación

El art. 2.1 de la LDC establece que *“Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*.

De la investigación realizada en el marco de este expediente sancionador, la DI concluye que la configuración del mercado de televenta es heterogénea, en la medida en que los oferentes en este mercado y su presencia en los espacios televisivos puede oscilar significativamente en el tiempo, así como sus ventas asociadas a la actividad de televenta (HP 15.3). En todo caso, de los datos que constan en el expediente, la DI considera que se puede concluir que ECI es el operador de televenta líder en España, no sólo porque dispone de una cuota de mercado significativa (que oscila entre el 56 y el 66% aproximadamente según el ejercicio y el número de oferentes de los que se han podido constatar datos), sino porque ha contado y cuenta con varios canales de televenta 24 horas en TDT de ámbito nacional, así como una presencia muy significativa en los infocomerciales y los spots de televenta de cadenas de TDT nacionales.

Con todo, la DI añade que existen ciertas dudas sobre si esa presencia de ECI en el mercado relevante le atribuye una situación de poder económico que le permita comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus proveedores y, finalmente, sus consumidores. A este respecto, señala la DI que siendo el acceso a la capacidad de emisión televisiva de espacios publicitarios de televenta un input esencial para operar aguas abajo en el mercado de televenta, lo cierto es que ECI tendría un cierto grado de dependencia apreciable frente a los operadores audiovisuales con licencias de televisión, de TDT nacional, que son sus principales proveedores de espacios televisivos, si bien tal dependencia sería relativa como consecuencia de las condiciones de sus contratos con algunos de estos operadores audiovisuales, que le



permiten acaparar la capacidad de emisión de espacios de televenta de las televisiones de los mismos.

Asimismo, la DI subraya que la posición preeminente de ECI en ese mercado no ha impedido que otros operadores de televenta hayan tenido capacidad para emitir espacios de televenta en cadenas de TDT nacionales, autonómicas y locales, y que en todo caso no resulta necesario en el marco de este expediente pronunciarse sobre si ECI tiene una posición de dominio en el mercado relevante, en la medida en que considera que las conductas de ECI investigadas no pueden ser calificadas de abusivas a los efectos del artículo 2 de la LDC.

En esta dirección, la DI sostiene que no se ha apreciado acaparamiento alguno por parte de ECI de los canales 24 horas de televenta en las plataformas de pago, pues además de ECI también EHS ha obtenido derechos de explotación en estas plataformas (HP 20 a 24). En cuanto a los canales televenta en TDT en abierto, debe tenerse en cuenta que los contratos a través de los cuales ECI ha obtenido la licencia de explotación de los canales de 24 horas de TDT en abierto (HP 16.7, 17.5 y 20) no agotaban todas las posibilidades de emisión de canales 24 horas de televenta en TDT nacional en abierto, dado que algunos operadores audiovisuales, como ANTENA 3, LA SEXTA y NET, podrían haber ampliado su oferta televisiva para introducir este tipo de canales, que tienen unas menores necesidades de espectro de emisión. Incluso después de la intervención del Ministerio de Industria, en septiembre de 2010, limitando efectivamente al titular de cada licencia la emisión a cuatro canales de TDT nacional, ha existido y puede existir en un futuro capacidad de emisión. A estos efectos, conviene destacar que EHS ha explotado temporalmente un canal comercial de 24 horas (aun con carácter temporal) en el múltiple de LA SEXTA (HP 24), y recientemente ha firmado con VEO un contrato para la emisión del canal 24 horas de televenta "EHS" (AH 8).

En relación con el acaparamiento unilateral de espacio para emisiones de televenta (spots o infocomerciales) en los canales de TDT nacionales, la DI entiende que tampoco ha podido acreditar la existencia de abuso, toda vez que los acuerdos a los que ECI ha llegado con los operadores de televisión, no cierran totalmente el espacio de contratación disponible para los distintos operadores, ni llevan a una exclusión abusiva de sus competidores, que siguen teniendo alternativas de emisión de televenta suficientes.

Así, de acuerdo con la información que obra en el expediente, ECI llegó a acuerdos, entre otros (HP 18, 19 y 21, y folio 953 conf.), con los operadores de televisión de ámbito nacional siguientes:

- Con SOGECABLE para: (i) la emisión de publicidad y televenta en el canal analógico Canal+ (HP 16.4), (ii) para la emisión del canal de televenta 24 horas "Canal Club" en la plataforma de pago Digital+ (HP 16.5), y (iii) para la puesta en marcha de otro canal de televenta 24 horas "Promo TV" (luego denominado "Canal Club") de TDT nacional en abierto (HP 16.7), (iv) así como para la emisión de



spots e infocomerciales de “Canal Club” en el canal de televisión “CUATRO” (HP 16.7).

- Con PUBLIESPAÑA (TELECINCO): para (i) la emisión de espacios de televenta en el canal de televisión Telecinco (HP 17.3 y 4), y (ii) para la emisión del canal de televenta 24 horas “Cincoshop” en TDT nacional en abierto (HP 17.5).
- Con VEO para (i) la puesta en marcha y explotación de un canal de televenta 24 horas en TDT nacional en abierto (HP 20.1 y 2); y (ii) para la emisión de espacios relacionados o complementarios a la televenta (HP 20.3 y 4).

Ahora bien, estos acuerdos no agotan el espacio televisivo disponible para la emisión de televenta, como tampoco en TDT nacional en abierto. De hecho, se ha podido acreditar la existencia de acuerdos de otras empresas de televenta con operadores de televisión de ámbito nacional con empresas de televenta para la emisión de espacios televisivos de televenta:

- EHS ha alcanzado acuerdos con:
 - o SOGECABLE para: (i) emitir en la plataforma de pago Digital+ el canal de televenta 24 horas EHS TV (HP 23.1 y 2); (ii) la emisión de televenta en el canal de TDT “40 Latino” (HP 23.3).
 - o LA SEXTA para emitir espacios de televenta en el segundo canal de TDT de este operador (TDT6), e incluso para emitir por un corto espacio de tiempo programas de televenta 24 horas en el canal La Sexta 3 (HP 24)
- NMM ha alcanzado acuerdo con PUBLISEIS Para emitir espacios de televenta en (i) el canal LA SEXTA (HP 25.1) y (ii) en el canal TDT6 (HP 25.2).
- CANAL DIRECTO INTEREACTIVO ha alcanzado acuerdos con ANTENA3 para emitir espacios de televenta en los canales del grupo Antena3, Neox y Nova (HP 26).

En definitiva, en el periodo de tiempo en el que se desarrollan las conductas contractuales de ECI analizadas (2007-2009) ha existido espacio en los operadores de televisión (en abierto y de pago) para la emisión de espacios de televenta disponible para terceros competidores de ECI, tanto a nivel nacional como en los ámbitos de emisión autonómicos y locales, lo cual permite a la DI considerar no acreditada la existencia de un acaparamiento de espacios de emisión de televenta por ECI que haya excluido a sus competidores y que pueda ser constitutivo de un ilícito del artículo 2 de la LDC.

B) Alegaciones de las partes y valoración de la Dirección de Investigación

Todas las empresas imputadas han presentado alegaciones a la PR y se muestran conformes con la propuesta de la DI de “*que se acuerde el sobreseimiento parcial del*



expediente en relación con la posible infracción del artículo 2 de la LDC por parte de ECI.*

La empresa de televenta denunciante, EHS, se ha opuesto a esta propuesta a lo largo de la tramitación del expediente. En los distintos escritos de alegaciones EHS sostiene que las conductas de ECI investigadas por la DI constituyen una infracción del art. 2 de la LDC o, en su caso, una infracción del art. 3 LDC en la medida en que la estrategia de acaparamiento de la capacidad de emisión de televenta en España desarrollada por ECI constituye un acto de competencia desleal, que al causar el cierre de un mercado como el considerado resulta contraria al interés público. EHS apoya esta valoración jurídica, en primer lugar, en la consideración de que el mercado relevante es el mercado de emisión de canales 24 horas de televenta en TDT nacional, en el que en el periodo de tiempo analizado en este expediente (2007-2009) ECI habría alcanzado el 100% de cuota de mercado. En segundo lugar, EHS sostiene que incluso de considerarse como mercado relevante el más amplio de la televenta, ECI también estaría igualmente en posición de dominio, porque aquellos contratos firmados con SOGECABLE, TELECINCO y VEO han supuesto que los competidores de ECI se hayan visto privados, por un periodo de tiempo no desdeñable, de la posibilidad de competir por más del 43% de ese mercado, que es el porcentaje que según la denunciante representa la facturación de ECI en los canales 24 horas de TDT nacional sobre el total de la facturación de televenta en España en el año 2009. Y siendo ello así, EHS concluye que si una empresa tiene la capacidad de acaparar para sí –mediante contrato- casi la mitad del mercado, resulta evidente que sí dispone de posición de dominio en el mercado. En todo caso, EHS considera que esta cuota de mercado estaría infravalorada, pues conforme a los datos del cuadro del HP 15.3, la cuota por ingresos de ECI en el mercado de televenta, en los años 2007-2009, estaría entre el 60/70%. Y el poder que le confiera esta cuota se encontraría reforzado por otras ventajas que no están al alcance de sus competidores: presencia en mercados adyacentes, potencia financiera, integración vertical, poder de compra y vínculos estructurales a través de las empresas en participación CANAL CLUB y PUBLIECI con SOGECABLE y TELECINCO, respectivamente.

Fijada la posición de dominio, EHS considera que ECI ha abusado de la misma acaparando o cerrado contractualmente a la competencia por un tiempo no desdeñable una parte sustancial (el 43%) del mercado relevante; esto es, ha excluido a la competencia del 100% de los canales 24 horas en TDT nacional disponibles en el periodo de tiempo investigado, pues a su juicio ni NET ni LA SEXTA disponían de ancho de banda suficiente para emitir un canal de televenta al tener sus canales de TDT en multiplex distintos, lo que ratificaría el informe pericial de parte adjuntado a su escrito de valoración de la prueba, pues entiende que en la contestación de la SETSI al requerimiento de información realizado por la DI en la fase de prueba de este expediente, aquélla no habría respondido a la pregunta formulada por el Consejo en su Acuerdo de Prueba, Vista y Confidencialidad de 21 de julio de 2011. Por último, en



cuanto a ANTENA3, EHS alega que no era un oferente real de canales 24 horas de televenta en TDT nacional, en la medida en que había optado por reservar el ancho de banda que disfrutaba para otras estrategias comerciales.

En su valoración de la conducta de ECI bajo el prisma del art. 2 de la LDC, EHS termina concluyendo que el referido acaparamiento de todos los canales 24 horas de televenta en TDT nacional por ECI carece de justificación objetiva, pues genera obstáculos a la competencia y no genera ninguna eficiencia. No existe justificación y racionalidad alguna en disponer de los tres canales 24 horas de televenta en TDT nacional disponibles dirigidos a la misma audiencia, por lo que la conducta investigada constituye un caso de *naked exclusión*, es decir, de pura exclusión y, por ello, prohibida por el art. 2 de la LDC.

En respuesta a las alegaciones de EHS al PCH, la DI reitera que los operadores de televisión ANTENA 3, LA SEXTA y NET podían haber dedicado expresamente su ancho de banda destinado a canales de televisión a la emisión de canales de televenta, por lo que existían operadores de TDT nacional alternativos con los que EHS podría haber contratado canales de televenta de 24 horas, es correcta, y que si finalmente EHS no fue capaz de realizar esa contratación (con la salvedad de una contratación puntual con LA SEXTA), cabe entender que ha sido porque su oferta comercial no fue lo suficientemente atractiva, y no porque estos operadores de TDT nacional no pudiesen ofrecer la emisión de canales de televenta de 24 horas.

En cuanto a la alegación de que los datos de facturación disponibles en el registro mercantil de PUBLIECI y CANAL CLUB no coinciden con los datos de facturación aportados por ECI al expediente, la DI señala que no necesariamente toda la facturación individual de PUBLIECI y CANAL CLUB recogida en el registro mercantil deriva de la venta de productos de televenta a clientes finales. En este sentido, parte de esta facturación puede derivar de transacciones distintas de la actividad de televenta o transacciones intragrupo. Por ello, no basta con una mera referencia a las cuentas anuales de PUBLIECI y CANAL CLUB para acreditar que las cifras de volumen de ventas en televenta presentadas por ECI son incorrectas.

Añade la DI que ha quedado acreditado, sin que EHS lo haya rebatido, que el mercado de televenta es muy dinámico, con la entrada y salida de oferentes, y fuertes oscilaciones en los volúmenes de negocios y cuotas de mercado de los operadores, y que, en cualquier caso, con independencia de que la cuota de mercado en televenta en España de ECI y sus empresas en participación sea mayor o menor, conviene resaltar que el PCH no se ha pronunciado sobre si esta entidad tiene posición de dominio en el mercado de televenta. En particular, el PCH ha considerado que incluso si se concluye que ECI cuenta con una posición de dominio en el mercado de televenta, las conductas investigadas no tienen una entidad suficiente como para constituir un abuso de posición de dominio.



A este respecto, la DI reitera, en primer lugar, que los canales de 24 horas no son un input esencial para operar en el mercado de televenta. En segundo término, que las exclusivas que ECI obtiene en relación con los canales de 24 horas y los infocomerciales de SOGECABLE, TELECINCO y VEO no son suficientes por sí mismas para generar una exclusión significativa de EHS del mercado de televenta, sin perjuicio de que las mismas tengan un efecto sobre la competencia, en la medida que afectan a fuentes significativas de oferta de espacios televisivos para televenta. Ahora bien, en la medida en que estos acuerdos no excluyen otras fuentes significativas de oferta de espacios televisivos para televenta a nivel nacional (como ANTENA 3, LA SEXTA, NET TV o RTVE -esta última hasta 2009-), ni afecta a la oferta existente a nivel autonómico y local, no se puede concluir que ECI haya incurrido en un abuso de posición de dominio al contratar en exclusiva los canales de televenta y los infocomerciales de SOGECABLE, TELECINCO y VEO. En este sentido, el peso que han tenido y tienen SOGECABLE, TELECINCO y VEO en la oferta de espacios televisivos para televenta en España (probablemente inferior al 30% en gran parte de los periodos temporales, especialmente con la introducción de la TDT) no es lo suficientemente significativa como para que su salida del mercado genere una exclusión de EHS y otros operadores de televenta distintos de ECI.

Por último, a la alegación de EHS de que ECI se inmiscuyó en las negociaciones iniciadas por ella con SOGECABLE, TELECINCO y VEO para la contratación de canales de 24 horas, la DI valora que ser el primero en iniciar unas negociaciones comerciales no le da un derecho preferente a contratar con la otra parte. Por ello, que esos operadores de televisión decidiesen contratar finalmente con ECI es perfectamente legítimo en el marco de la libertad de empresa, sin perjuicio de que estos acuerdos puedan contener restricciones de competencia contrarios al artículo 1 de la LDC, como se verá más adelante.

C) Valoración del Consejo

El art. 2 de la LDC no prohíbe la posesión de una posición dominante, solo su explotación abusiva, y ofrece una relación de conductas que se consideran abusivas de aquel poder de mercado, siendo doctrina constante que tal relación de conductas abusivas no constituyen una lista cerrada, y que las distintas conductas abusivas se pueden agrupar en dos categorías: abusos exclusionarios –cuando pretenden la exclusión de los rivales y el cierre del mercado- y abuso explotativos que, en términos económicos, suponen la restricción de la oferta y/o la elevación de precios a niveles supracompetitivos en detrimento del bienestar del consumidor.

De acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el abuso es un concepto objetivo, que no depende de la intencionalidad del autor (STS de 20 de junio de 2006, Telefónica de España). En todo caso, la conducta sí debe implicar un efecto anticompetitivos, de orden explotativo o exclusionario, que constituye el reproche de ilicitud que integra, junto con la posición de dominio, el segundo de los elementos del



tipo infractor. Pero para que la conducta merezca la calificación de abusiva y, por ende, prohibida por el art. 2 de la LDC, además de típica debe ser antijurídica, para lo cual es aún necesario la concurrencia de un tercer elemento del tipo, la ausencia de justificación objetiva (entre otras: STS de 13 de diciembre de 2004 y de 30 de mayo de 2006). Esto es, si la conducta de la empresa dominante responde a la competencia basada en los méritos de los productos y servicios que ofrece y resulta proporcionada, sus efectos restrictivos encuentran justificación objetiva que, por tanto, elimina la antijuridicidad de la conducta de la empresa dominante.

El Consejo considera que el análisis jurídico realizado por la DI en relación con la probable inexistencia de posición de dominio de ECI y sus efectos aguas abajo es, si cabe, todavía más válido para los mercados de producto definidos como relevantes en el Fundamento de Derecho anterior. Por una parte, en el mercado de las distintas modalidades de venta a distancia el acceso a espacios de televisión para la televenta no constituye un input decisivo para competir de forma efectiva en ese mercado (*infra* FD Quinto). Por otra parte, los contratos investigados no afectan a la existencia de capacidad de emisión de televenta de los operadores de ámbito autonómico y local en abierto, como tampoco han cerrado la capacidad de emisión de televenta de los operadores de televisión de pago (véase el cuadro del HP 15.4). Aún más, la prueba practicada ante el Consejo acredita que un elevado número de empresas, distintas a las del grupo ECI, han accedido en los últimos años a capacidad de emisión de televenta de los canales de SOGECABLE (f. 4114-4135), TELECINCO (f. 4110-4113) y VEO (f. 4174-4175).

Además, la información disponible confirma que ANTENA 3, NET y LA SEXTA disponían de capacidad de transmisión para dedicarla, si esa fuese su voluntad comercial, a la emisión de un canal de televenta 24 horas en TDT nacional en abierto. Frente a lo afirmado por EHS de que la SETSI no ha contestado a la pregunta formulada por este Consejo en el sentido de “*si en los años 2007, 2008 y 2009 era necesario tener dos canales en el mismo múltiple para aprovechar el ancho de banda sobrante y emitir un canal de televenta 24 horas y por tanto si NET TV y LA SEXTA también disponían de dicho ancho para servicios interactivos*”, después de una serie de consideraciones, la SETSI concluye que “*a cada canal del múltiple le correspondía un cuarto del 20% que podía utilizarse para prestar servicios distintos del de difusión, sin que fuera necesario tener al menos dos canales en el mismo múltiple para poder prestar servicios adicionales*”. Es cierto que existe una cierta discrepancia o confusión en torno a si los canales 24 horas de televenta son servicios de difusión o servicios interactivos o adicionales distintos al servicio de difusión de televisión (HP 13.3), pero de la orden dirigida por la SETSI a TELECINCO y a VEO para cerrar el canal de televenta CINCOSHOP y LA TIENDA EN VEO, respectivamente, se concluye que los canales 24 horas de televenta computan a los efectos de no rebasar el límite máximo de 4 canales digitales de televisión susceptibles de ser explotados las 24 horas del día por



múltiple (HP 14.7 y 15.1), sea cual fuese la capacidad de transmisión o ancho de banda utilizado por el operador de televisión para emitir ese quinto canal.

Por tanto, estos tres operadores (ANTENA 3, LA SEXTA y NET) integran también la oferta potencialmente disponible del mercado de emisión de espacios televisivos dedicados a la televenta, de forma que la posición alcanzada por ECI a través de los contratos con TELECINCO, SOGECABLE y VEO, atendiendo a las cuotas de mercado de los distintos operadores de televisión de ámbito nacional que se apuntan en el expediente, no parece que sea apta para atribuir a ECI una posición de dominio en el mercado de la televenta definido. En este sentido ya se pronunció el TDC en la citada RTDC de 30 de junio de 2003 (Expte. r 545/02 Antena 3), donde *“...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... 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.”*

El valor de la cuota de mercado de ECI como índice de dominancia tiene, en este caso, una importancia relativa, pues como subraya la DI el mercado de la televenta en los años analizados destaca por ser un mercado dinámico, que registra entradas y salidas de operadores y variaciones relevantes en el volumen de negocio de los mismos, lo que principalmente puede ser debido al desarrollo progresivo, en los distintos ámbitos territoriales, de la TDT en España. En todo caso, este dinamismo del mercado no es consistente con una situación de cierre anticompetitivo del mercado. En esta misma dirección la información del cuadro que figura en el HP 15.3 permite observar un descenso en los ingresos por parte de ECI y un incremento en los ingresos del denunciante, y a este respecto cabe traer a colación que en la *Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* de 24 de febrero de 2009, se destaca que la empresa dominante debe disfrutar de un poder de mercado sustancial durante un cierto tiempo (párr. 10), que en los mercados volátiles o en los de licitación también puede tenerse en cuenta la tendencia o evolución con el tiempo de la cuotas de mercado (párr. 13), y que siendo la competencia un proceso dinámico no basta con analizar la situación del mercado existente sino que es pertinente observar la existencia o no de barreras que puedan obstaculizar la entrada o expansión de competidores (párr. 16), pudiendo la propia



conducta de la dominante crear obstáculos a la entrada, por ejemplo, concluyendo con sus clientes contratos a largo plazo que producen efectos de exclusión apreciables (párr. 17).

En relación a esta última cuestión, la DI concluye que los contratos de ECI con SOGECABLE, TELECINCO y VEO investigados han creado un marco contractual caracterizado por una relación de suministro exclusivo de la capacidad de emisión de televenta de carácter indefinido o de larga duración, particularmente, a través de cláusulas de prórroga tácitas o automáticas de la vigencia inicial de los contratos salvo denuncia previa por una de las partes. El Consejo considera que, a la vista del contenido de los contratos descrito en los HP, esa afirmación debe ser matizada.

Los Hechos Probados relativos a los contratos de ECI con SOGECABLE (HP 16) acreditan que las partes únicamente han pactado una exclusiva de suministro en relación con la emisión de un canal 24 horas de televenta en la plataforma de televisión de pago por satélite DIGITAL+, y que esta exclusividad de SOGECABLE a favor de CANAL CLUB se firma por un año prorrogable automáticamente por periodos anuales, y se mantuvo vigente, de facto, desde el año 1999 a 2005 (HP 16.3, 5 y 6). Durante este periodo, desde junio de 2003, EHS pudo emitir en la plataforma de televisión de pago de ONO pudo emitir su canal 24 horas de televenta EHS TV (HP 22).

En cuanto a los contratos de ECI con TELECINCO, los hechos probados acreditan que la única relación de suministro exclusiva pactada concierne a la emisión de espacios de televenta en el canal analógico Telecinco, de forma que la sociedad conjunta PUBLIECI era la única autorizada para gestionar los espacios de televenta del citado canal, con una duración indefinida (HP 17.1 y 2). Es decir, la exclusividad afectaba a un único canal de televisión, y no a los canales de TDT que emite desde el año 2005 el grupo Telecinco.

Y en relación a los acuerdos de ECI con VEO, el HP 20 de esta resolución acredita una relación de suministro exclusivo cuyo ámbito ha quedado limitado a la denominación de un canal 24 horas de televenta de ECI: La Tienda en Casa / LTC, pues la obligación de exclusividad que contrae ECI le impide utilizar la citada denominación o marca comercial para canales 24 horas en abierto en otro operador de TDT en abierto, lo que quiere decir que ECI podía gestionar canales 24 horas de televenta en otros operadores siempre bajo una denominación distinta a la citada (HP 20.3).

Partiendo de estos hechos acreditados, en mercados en los que la competencia se produce en el mercado pero también por hacerse con un input; es decir, mercados en los que se compite periódicamente por la oferta de capacidad de emisión de espacios de televenta, la existencia de prórrogas tácitas o automáticas en contratos de vigencia inicial no elevada, en mercados en los que no existen barreras de entrada normativas, técnicas o económica significativas, no tiene un efecto de cierre de mercado significativo, y más si como consecuencia de la propia conducta de las partes y de modificaciones normativas, por un lado, las exclusivas no tienen finalmente la duración inicial prevista y, por otra, la oferta de capacidad de emisión de espacios de televenta en



TDT en abierto no ha hecho sino crecer de forma constante durante los años de vigencia de los referidos acuerdos.

En definitiva, el Consejo considera que no se ha acreditado que los acuerdos alcanzados por ECI con los operadores SOGECABLE, TELECINCO y VEO en los años 2007 a 2009 constituyan una infracción por parte de ECI del artículo 2 de la LDC. No obstante, el Consejo no comparte la afirmación de la DI siguiente: “...*para poder acreditar una infracción del artículo 2 LDC, el efecto exclusionario o explotativo de la conducta investigada tiene que ser real y significativo*”, en la medida en que una interpretación textual o literal de la misma sería contraria a la doctrina jurisprudencial comunitaria y nacional, que de forma constante y uniforme señala que no es necesario que se materialice en la salida de los competidores del mercado o en un perjuicio real e injustificado al bienestar del consumidor para que exista abuso de posición dominante, bastando que “*sea probable que la conducta presuntamente abusiva dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado*” (Comunicación de la Comisión sobre prioridades en la aplicación del art. 102 del TFUE, párr. 20).

Quinto.- Sobre las conductas colusorias imputadas por la Dirección de Investigación

La DI propone que este Consejo declare que los acuerdos referenciados en los HP 16, 17 y 20 de esta Resolución constituyen una infracción del artículo 1.1 de la LDC, el cual prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, de la que serían responsables las empresas parte de los mismos (AH 7).

En particular, la DI considera que:

- Los contratos firmados directa o indirectamente entre El Corte Inglés, S.A., Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., Sogecable Media, S.L. y Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A. (HP 16) suponen una vulneración del artículo 1 de la LDC, en la medida en que a través de la constitución de la empresa en participación Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A. y los distintos contratos firmados, se ha procedido a: (i) limitar el acceso a favor de El Corte Inglés, S.A. y Canal Club de Distribución de Ocio y Cultura, S.A. del espacio para la emisión de teletienda en la plataforma de televisión de pago Digital +, y (ii) Limitar el acceso de terceros operadores a un canal de teletienda de 24 horas en TDT nacional de Sogecable, S.A., así como a los espacios de teletienda en los canales de televisión en abierto generalistas de Sogecable, S.A., mediante diversos acuerdos no escritos.
- Los contratos firmados directa o indirectamente entre El Corte Inglés, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A., Publiespaña, S.A., Publimedia Gestión, S.A.U. y



Publici Televisión, S.A. (HP 17) son contrarios al artículo 1 de la LDC en la medida en que mediante la creación de la empresa en participación Publici Televisión, S.A. y los distintos contratos firmados, se ha procedido a (i) Limitar el acceso a favor de El Corte Inglés, S.A. y Publici Televisión, S.A. de los espacios de televenta en el canal de televisión en abierto Telecinco, y (ii) Limitar el acceso de terceros operadores a un canal de televenta de 24 horas en TDT nacional de Gestevisión Telecinco, S.A.

- Los contratos firmados entre El Corte Inglés, S.A. y Veo Televisión, S.A. (HP 20) han infringido el artículo 1 de la LDC, como consecuencia de los acuerdos para (i) Limitar el acceso de operadores distintos a El Corte Inglés, S.A. a la emisión de espacios de televenta en los canales generalistas operados por Veo Televisión, S.A., al haberse reservado a favor de El Corte Inglés, S.A. toda o una parte importante de la capacidad para la emisión de este tipo de programas de televenta, y (ii) La exclusión de otros competidores a través del establecimiento de un pacto de no competencia entre las partes (en el contrato de 2 de agosto de 2006), por el que se limita el acceso de terceros operadores a un canal de televenta de 24 horas en TDT nacional de Veo Televisión, S.A. al vencimiento de dicho contrato.

Las empresas imputadas, con argumentos en gran parte coincidentes, se han opuesto a esta calificación jurídica, concluyendo que los contratos controvertidos ni tienen por objeto restringir la competencia ni producen o pueden producir efectos restrictivos incompatibles con la prohibición de acuerdo colusorios del art. 1 de la LDC, en tanto en cuanto los competidores de ECI en el mercado de la televenta han tenido alternativas varias para adquirir capacidad de emisión de espacios de televenta en una amplia pluralidad de operados de televisión, nacionales, autonómicos y locales, en abierto y de pago, como así acreditaría de forma particular la prueba practicada ante el Consejo.

Por el contrario, el denunciante ha manifestado su conformidad con la precedente valoración jurídica de la DI, si bien considera que el órgano de instrucción *“persevera en su error de no considerar que esas mismas conductas constituyen un abuso d posición de dominio del artículo 2 de la LDC por parte de ECT”*.

El Consejo no comparte la valoración jurídica de la DI, excepto en lo que se refiere al pacto de no competencia post contractual previsto en el contrato de 2 de agosto de 2006 firmando entre ECI y VEO, que será objeto de análisis en el Fundamento de Derecho siguiente.

La valoración jurídica correcta es la realizada en el anterior Fundamento de Derecho en relación con la prohibición de abuso de posición de dominio del artículo 2 de la LDC, pues tratándose de la misma conducta y formulando la DI la misma teoría del daño (cierre anticompetitivo del mercado), el Consejo considera que no es posible llegar a una conclusión distinta sobre la existencia del daño según el precepto legal desde el que aquélla se analice.



En efecto, la DI considera que los referidos contratos celebrados directa o indirectamente por ECI con, directa o indirectamente, SOGECABLE, TELECINCO y VEO constituyen una infracción del artículo 1.1 de la LDC en la medida en que limitan a terceros competidores de ECI el acceso a los espacios de televisión disponibles para emitir mensajes y programas de televenta en los distintos operadores de televisión. Ahora bien, la existencia o potencialidad de este daño a la competencia efectiva ya fue valorado en sede de la prohibición del art. 2 LDC, concluyéndose acertadamente que tales contratos, valorados en su conjunto, no eran aptos para producir un efecto de exclusión de los competidores en el mercado considerado. Por tanto, en la medida en que está valorando la existencia del mismo daño a la competencia, no es posible establecer conclusiones distintas según el precepto de la LDC bajo el cual se examinen las mismas conductas.

En todo caso, la DI fundamenta la existencia de ese supuesto objeto o efecto anticompetitivo de limitar el acceso de terceros competidores de ECI a los espacios disponibles para emitir televenta en diversos operadores de televisión en el carácter exclusivo de los contratos de suministro de espacios televisivos para la emisión de televenta, así como en la larga duración o duración indefinida de tales contratos, bien por haber pactado una vigencia inicial elevada o bien porque son de hecho indefinidos por virtud de los mecanismos de prórrogas automáticas, tácitas o derechos de contratación preferente contractualmente previstos.

Las exclusivas de suministro no son acuerdos *per se* restrictivos, ni son restrictivos por objeto, incluso cuando tengan una duración superior a los cinco años. Si ese es el caso, será necesario situar el acuerdo de suministro exclusivo en su contexto jurídico y económico para poder concluir que resulta incompatible con la prohibición de acuerdos colusorios del art. 1.1 de la LDC.

Este análisis de las exclusivas en su contexto jurídico y económico fue el que condujo en el expediente S/0006/07, *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División* al Consejo de la CNC a resolver, en su Resolución de 14 de abril de 2010, que los contratos de adquisición en régimen de exclusividad de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en aquel expediente con una duración superior a tres temporadas, eran acuerdos entre empresas que, por sus efectos, caían bajo la prohibición de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Para alcanzar esta conclusión el Consejo observó (i) que los citados contratos tienen por objeto la adquisición en régimen de exclusividad de unos derechos de contenido económico que constituyen un input decisivo para poder competir de forma efectiva en los mercados audiovisuales; (ii) que esos contratos de larga duración se celebran de forma anticipada; (iii) la existencia de una red paralela de acuerdos de exclusividad de larga duración que cubren el 100% del mercado de adquisición de tales derechos; (iv) la



existencia de un fuerte incentivo a la puesta en común expresa o tácita de estos derechos, a fin de poder maximizar la rentabilidad de las sumas invertidas en su adquisición, puesta en común o pool de derechos que agrava el mencionado efecto de exclusión de potenciales competidores en el mercado de adquisición; (v) la existencia de un “derecho de oposición (o veto)” del club visitante a la retransmisión del encuentro que produce que, en la práctica, sea inviable la explotación independiente de los derechos audiovisuales, y que el número de encuentros se incremente exponencialmente conforme el adquirente cuente con un número creciente de clubes en una suerte de «efecto de red», que también existe en los mercados audiovisuales verticalmente relacionados aguas abajo.

En este contexto jurídico y económico, el Consejo observó (i) que el mercado de adquisición de derechos audiovisuales tiende al monopsonio, (ii) que las escasas posibilidades de una explotación independiente rentable aguas abajo motiva que los clubes tengan más incentivos a vender sus derechos audiovisuales al operador con mejor/mayor cartera de derechos, pues al poder rentabilizar el coste de adquisición podrá asumir más fácilmente un precio mayor; (iii) que los potenciales adquirentes de derechos no comprarán a no ser que cuenten con la certeza de ponerlos en común con el adquirente mayoritario, pues de lo contrario es probable que no puedan rentabilizar su inversión; (iv) y que el hecho de que los derechos de los clubes no salen al mercado al mismo tiempo sino de forma escalonada favorece, igualmente, al adquirente mayoritario o dominante.

Este no es, en absoluto, el contexto jurídico y económico relevante en este expediente S/0047/09 y, por ello, no es posible concluir que los contratos de exclusiva que resultan acreditados en este expediente tengan por objeto o puedan producir el efecto exclusionario que se les imputa: (i) no está acreditada la existencia de una red paralela de contratos de suministro de larga duración de espacios televisión para la televenta que haya cubierto un porcentaje significativo de la oferta disponible que, además y debido a los sucesivos cambios normativos, se ha ido incrementando de forma apreciable; (ii) siendo un input importante, el acceso a canales 24 horas de televenta en TDT nacional en abierto no es un factor determinante para competir de forma efectiva aguas abajo en el mercado de la venta a distancia; (iii) la concertación para emitir en exclusiva un canal 24 horas de televenta en la capacidad de emisión asignada a un determinado operador de televisión puede estar justificada en el interés de éste en diferenciarse del competidor, especialmente si la marca del operador de televenta goza de un determinado prestigio; (iv) la exclusividad acreditada en este expediente no tiene aptitud para generar daño a los operadores de televisión, pues existe una elevada elasticidad de la oferta en la medida en que el producto de ECI es replicable por un significativo número de operadores, lo cual hace perder efectividad a las cláusulas de prórroga automática o tácita previstas en los contratos controvertidos. Tampoco esa exclusividad es apta para monopolizar el mercado de la venta a distancia como se ha apuntado. La exclusión anticompetitiva o el cierre del mercado de espacios publicitarios a terceros



competidores de ECI sería el daño probable de esta conducta, pero se ha descartado su existencia en el fundamento de derecho anterior.

Por todo ello, el Consejo considera que no se ha acreditado que las cláusulas de exclusividad y de duración de los contratos reseñados en los HP 16, 17 y 20 concertados entre ECI con SOGECABLE, TELECINCO y VEO constituyan una infracción de la prohibición de acuerdos colusorios prevista en el artículo 1 de la LDC

Sexto.- El pacto de no competencia post contractual entre ECI y VEO

En el contrato de 2 de agosto de 2006 celebrado entre ECI y VEO (HP 20.1) se señala que VEO ha solicitado al MITyC autorización para la emisión de un “tercer canal” dentro de la capacidad de flujo que tiene asignado, y que tiene intención de dedicar ese tercer canal, con carácter exclusivo, a emitir televenta 24 horas al día los 365 días del año, que se denominará “la Tienda en Veo”, quedando la eficacia del contrato condicionada a la obtención de tal autorización.

En la **Cláusula Octava** se dispone que el contrato tendrá una duración de 5 años, contados desde el comienzo de las emisiones, plazo que puede ser prorrogado por igual periodo por mutuo. Finalizado el contrato, las partes se comprometen a negociar de buena fe un nuevo contrato, y de no alcanzar un acuerdo en el plazo de 30 días, *“ambas partes se comprometen a cumplir el presente pacto de no competencia, de forma que durante un periodo de un (1) año a contar desde la Fecha de Finalización, no podrán alcanzar acuerdos similares al presente o que produzcan un resultado similar al mismo: en este sentido, ECI se compromete durante dicho periodo a no firmar acuerdos de exclusividad con otros operadores TDT para canales 24 horas dedicados a la televenta y VEO se compromete a no alcanzar acuerdos de contenidos o programas con ningún proveedor de televenta en exclusiva para un canal de televenta 24 horas”*.

Con fecha 15 de diciembre de 2006, las partes acuerdan modificar el anterior contrato de 2 de agosto de 2006. En este documento se pone de manifiesto que VEO todavía no había obtenido la autorización administrativa para emitir un tercer canal, pero que las partes están dispuestas a que el contrato comenzase su vigencia, pues VEO contaba con habilitación normativa y capacidad técnica para *“iniciar la prestación de servicios adicionales de TDT de televenta, que le permitirían la emisión de los Programas de Televenta de ECF”*. Por ello las partes contratantes acuerdan modificar el referido contrato en lo que hace al expositivo tercero, la cláusulas segunda y la decimocuarta. En la nueva cláusula segunda se señala que el contrato entra en vigor el 15 de diciembre de 2006.

Con fecha 28 de abril de 2008, las partes realizan una segunda modificación del contrato de 2 de agosto de 2006. En este documento las partes expone que tras la firma de ese contrato, por una parte, el RD 920/2006 establece un nuevo calendario de cobertura para la TDT y, por tanto, obligatorio para VEO, y, por otra, que ECI ha tenido



la posibilidad de llegar a acuerdos similares con otras entidades (el contrato con TELECINCO de 14/12/2007 para emitir el canal 24 horas de televenta Cincoshop en TDT nacional en abierto a partir de enero de 2008; HP 20.3), *“razón por la que solicita que la exclusividad inicialmente pactada en su momento se modifique y atempere en la forma que se establece en el presente documento”*.

Entre otras se introducen las modificaciones siguientes:

Cláusula Primera:

“a) el objeto del presente contrato es el desarrollo del Canal de Televenta que se denominará comercialmente LA TIENDA EN VEO, por medio de la emisión de los Programas de Televenta de ECI, con emisión continua las 24 horas del día en sistema de televisión digital terrestre... y a través del Canal de Televenta; todo ello en los términos y condiciones establecidos en el presente contrato, acordando las partes la exclusividad, en el sentido de que ECI se compromete a la utilización en exclusiva en el servicio LA TIENDA EN VEO de la marca, titularidad de ECI: “la Tienda en Casa” / “LTC”, para canales 24 horas emitidos en abierto. Así, ECI se compromete a que LA TIENDA EN VEO sea el único Canal de Televenta en TDT en abierto en el que haya uso y presencia de la marca LA TIENDA EN CASA (LTC)”

“c) VEO autoriza expresamente la emisión, hasta un máximo de tres horas al día, de programas interactivos producidos por ECI, relacionados o complementarios a la televenta”.

El contrato se volvió a modificar en noviembre y diciembre de 2008 y en febrero de 2009 con el objeto de ampliar el horario de emisión por parte de ECI de programas interactivos complementarios a la televenta, por periodos mensuales, pasando de 3 horas a 6 horas entre las 9 horas y las 13,30 horas.

El 12 de diciembre de 2010 VEO cesó en la emisión del canal “LA TIENDA EN VEO” con el objeto de dar cumplimiento al requerimiento previo de la SETSI para que *“cesara en la emisión de alguno de los cinco canales explotados en su múltiple digital asignado”*.

El 3 de febrero de 2011, VEO y ECI, *“como muestra de su activa colaboración con la Administración”*, pese a considerar que su contrato es plena y totalmente compatible con el derecho de la competencia, comunican a la CNC que *“han acordado dejar sin efecto, con carácter inmediato, el apartado quinto de la cláusula 8ª del contrato de colaboración”*; es decir, el pacto de no competencia post contractual y el compromiso de negociar de buena fe la firma de un nuevo contrato (f. 3624 T XI).

La DI considera que el pacto de no competencia previsto en la cláusula octava del contrato de 2 de agosto de 2006 constituye un acuerdo que tiene por objeto restringir la



competencia (excluir a los competidores de ECI), y resulta contrario a la prohibición del artículo 1.1 de la LDC.

ECI alega fundamentalmente que el citado pacto únicamente limita a VEO la firma de acuerdos “en exclusiva” con otros operadores durante un año después de la terminación del contrato que los une. Por tanto, VEO puede contratar con otra empresa de televenta la emisión de un canal 24 horas de televenta siempre que no tenga carácter exclusivo.

En términos similares VEO alega que podía dedicar su capacidad técnica de emisión bien a la emisión de un canal que se dedicase a la televenta y su uso estuviese compartido por varios proveedores o bien dedicarla a la televenta y otros usos. Dice asimismo que el pacto de no competencia se justifica en el legítimo interés comercial de *“El Corte Inglés ha querido evitar que quien se subrogase en la explotación de su capacidad asumiese su prestigio y procurase mostrar una imagen semejante a la suya, para lucrarse con el esfuerzo ajeno”*. Es decir, no existía una prohibición a VEO para emitir televenta, únicamente una restricción para hacerlo en el formato estricto pactado con ECI, y con una duración limitada a un año.

La DI replica a estas alegaciones que es poco viable la cesión simultánea de un canal 24 horas de televenta a varios operadores de televenta, pues exigiría un acuerdo entre ellos para decidir cómo se reparten la capacidad de emisión del canal. En todo caso, considera el pacto de no competencia restrictivo por objeto *“en la medida en que restringe injustificadamente la capacidad de VEO de ceder a un solo competidor de ECI la capacidad de emisión de un canal de televenta de 24 horas”*, y estas restricciones post contractuales se consideran restricciones graves conforme al artículo 5.b) del Reglamento CE de restricciones verticales. No obstante, la DI valora que los efectos restrictivos han sido limitados, *“una vez que VEO tiene copada toda su capacidad de emisión de TDT nacional con canales generalistas y que ha cesado las emisiones del canal de televenta 24 horas LA TIENDA EN CASA”*.

El Consejo comparte plenamente la valoración jurídica realizada por la DI. Se trata de un pacto que tiene por objeto impedir a competidores de ECI el acceso a la capacidad de emisión de VEO una vez terminada su relación comercial con ECI y, por tanto, restringir la competencia, sin que puedan alegarse razones de eficiencia que justifiquen tal restricción. No obstante, el Consejo también comparte que la referida cláusula de no competencia: (i) no impedía a VEO emitir televenta de otros operadores; (ii) tenía una duración limitada; y (iii) no ha desplegado efectos restrictivos, tanto por el cierre del canal La Tienda en Veo en el mes de diciembre de 2010 como por el hecho de que las partes dejaron sin efecto tal cláusula desde el mes de febrero de 2011, y, de hecho, con fecha 1 de julio de 2011 VEO ha alquilado a EHS un canal 24 horas de televenta en TDT en abierto nacional hasta finales de 2011.

En atención a estas circunstancias, y a que el pacto de no competencia era objetivamente apto para impedir que terceros competidores de ECI pudieran hacer uso



de la capacidad de emisión de VEO de canales 24 horas de televenta en TDT nacional en abierto; es decir, en la medida en que la imposibilidad por parte de VEO de ceder en *exclusiva* un canal 24 horas a un competidor de ECI beneficia a esta última empresa, el Consejo considera que procede imponer a ECI una sanción económica de importe simbólico.

Conforme a lo dispuesto por el art. 62.3.a) de la LDC, el referido pacto de no competencia constituye una infracción grave, y considerando los criterios de graduación de las sanciones previsto en el art. 64 de la LDC a la luz de las circunstancias concurrentes en este caso arriba expuestas, el Consejo impone a ECI la multa de 50.000 €, que representa el 0,52% del total obtenido entre los años 2007 a 2010 por VEO a resultas del canal 24 horas de televenta cedido a ECI.

En mérito a todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que ha quedado acreditado que el pacto de no competencia contenido en la cláusula octava del contrato de 2 de agosto de 2006 celebrado entre EL CORTE INGLÉS SA y VEO TELEVISIÓN SA es un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- Imponer a EL CORTE INGLÉS SA por la realización de esta conducta prohibida una multa de 50.000 Euros.

TERCERO.- Declarar que no ha quedado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, por parte de EL CORTE INGLÉS SA, consistente en celebrar con los operadores de televisión SOGECABLE, TELECINCO y VEO contratos de suministro en exclusiva de espacio televisivo para la emisión de mensajes y programas de televenta.

CUARTO.- Declarar que no ha quedado acreditada la existencia de una infracción de la prohibición de conductas colusorias del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia por parte de EL CORTE INGLÉS SA, consistente en celebrar con los operadores de televisión SOGECABLE, TELECINCO y VEO contratos de suministro en exclusiva de espacio televisivo para la emisión de mensajes y programas de televenta.



QUINTO.- Declarar confidencial el contrato aportado por VEO con su escrito de valoración del resultado de la prueba practicada en esta fase ante el Consejo.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.