

Id. Cendoj: 28079230062013100456
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/09/2013
Nº de Recurso: 696/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Pacto de no competencia consistente en no firmar acuerdos de exclusividad con otros operadores de TDT. Se estima al no constar acreditado a la vista de los argumentos contenidos en la resolución sancionadora que sea restrictivo de la competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a treinta de septiembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 696 /2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **EL CORTE INGLES SA** representado por el Procurador de los Tribunales D. Cesar Berlanga Torres contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de octubre de 2011 expediente S/0047/08 (Televenta). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 50.000 euros

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Comisión Nacional de la Competencia dictó el 24 de octubre de 2011 resolución en el expediente S/0047/08 (Televenta) cuya parte dispositiva establece:

"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 INGLES 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".

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 20 de diciembre de 2011 contra la citada resolución ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 3 de mayo de 2012 solicitó *"dicte sentencia por la que se declare que la supuesta infracción del artículo 1.1 LDC no ha quedado acreditada y anule los dispositivos Primero y Segundo de dicha resolución"* .

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 15 de junio de 2012. Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes se presentaron conclusiones. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 20 de mayo de 2013 lo que se efectuó para el 17 de septiembre de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de octubre de 2011 expediente S/0047/08 (Televenta) en la parte que declara 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 y acuerda imponer a EL CORTE INGLÉS SA (en adelante ECI) por la realización de esta conducta una multa de 50.000 Euros.

Para la resolución de este pleito son relevantes los siguientes hechos:

El 7 de febrero de 2008 tuvo entrada en la CNC denuncia de una empresa dedicada a la televenta European Home Shopping SI (EHS) contra el Corte Ingles y tres entidades participadas por el Corte Ingles (ECI): la tienda en casa, Publici y Canal Club por supuestas prácticas tendentes según la denunciante a provocar un acaparamiento de canales de 24 horas de emisión de televenta y expulsión de competidores del mercado de televenta.

El 9 de febrero de 2010 se acordó la incoación de expediente sancionador S/0047/08 Televenta contra el Corte Ingles y entidades participadas por la misma y Sogecable, Telecinco y Veo Televisión y ello por que se apreciaba con carácter preliminar 1) un posible abuso de posición dominante contrario al artículo 2 LDC por parte del Corte Ingles y 2) una posible infracción del artículo 1.1 LDC por parte del Corte Ingles y las demás partes imputadas y en ambos casos la supuesta infracción es "un acaparamiento de capacidad de emisión".

El 24 de octubre de 2011 el Consejo dictó resolución que pone fin al procedimiento en la que prácticamente deja sin efecto todas las infracciones que motivaron el inicio del expediente. Así declara que

1) 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 ya que no consta acreditado que el acaparamiento de la capacidad de emisión de televisiva de espacios de televenta de Sogecable SA, Gestevisión Telecinco SA y Veo televisión derivado de los acuerdos directos o indirectos del Corte Ingles SA determine por si mismo la existencia de una exclusión real y efectiva de competidores de El Corte Ingles SA pues estos competidores han contando con alternativas de emisión de espacios de televenta, tanto a nivel nacional como autonómico y local.

2) No ha quedado acreditado la existencia de una infracción de la prohibición de conductas colusorias del artículo 1.1 por parte del Corte Ingles consistente en celebrar contratos de suministro en exclusiva de espacio televisivo para la emisión de mensajes y programas de televenta ya que 1) dichos contratos no son aptos para producir un efecto de exclusión de los competidores en el mercado, por las mismas razones que se han tenido en cuenta para considerar que no ha habido un abuso de posición de dominio, es decir los competidores de ECI en el mercado de televenta han tenido alternativas varias para adquirir capacidad de emisión de espacios de televenta en una amplia pluralidad de operadores de televisión, nacionales, autonómicos y locales, en abierto y de pago 2) la concertación para emitir en exclusiva un canal 24 horas de televenta puede estar justificada en el interés del operador de televenta de diferenciarse del competidor especialmente si la marca del operador de televenta goza de un determinado prestigio y 3) 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.

3) Declara 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 y acuerda imponer a EL CORTE INGLÉS SA (en adelante ECI) por la realización de esta conducta una multa de 50.000 Euros.

SEGUNDO: El objeto de este recurso es determinar si el pacto de no competencia recogido en la cláusula octava del contrato de 2 de agosto de 2006 celebrado entre El Corte Ingles SA y Veo Televisión SA se puede considerar un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia conforme al artículo 1.1 de la LDC . La resolución recurrida analiza esta cuestión en el fundamento de derecho sexto (folio 58 a 61 de la resolución recurrida).

El contrato de 2 de agosto de 2006 firmado entre el Corte Ingles y Veo Televisión SA tenía por objeto la emisión de programas dedicados a la televenta de el Corte Ingles en uno de los 3 canales de televisión digital terrestre (TDT) asignados a Veo Televisión mediante concesión administrativa, el canal en cuestión se denominó "la tienda en Veo". Veo Televisión suministraba a el Corte Ingles un espacio televisivo para que este emitiera sus programas de televenta y como contraprestación Veo Televisión participaba en un porcentaje en el margen neto de las ventas realizadas a través de los programas de Televenta.

En la Cláusula octava del contrato tal como señala la CNC (folio 58) 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 acuerdo. 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 quedurante 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 almismo: en este sentido, ECI se compromete durante dicho periodo a no firmar acuerdos de exclusividad con otro operadores TDT para canales 24 horas dedicados a lateleventa y VEO se compromete a no alcanzar acuerdos de contenidos o programas conningún proveedor de televenta en exclusiva para un canal de televenta 24 horas"*.

Este contrato fue modificado por las partes en varias ocasiones (15 de diciembre, 28 de abril y 5 de noviembre de 2008) sin verse afectada el contenido de la citada cláusula.

La Dirección de Investigación cuyos razonamientos comparte el Consejo considera el pacto de no competencia restrictivo por objeto en la medida en que 1) restringe injustificadamente la capacidad de VEO de ceder a un solo competidor de ECI la capacidad de emisión de un canal de televenta 24 horas, siendo poco viable la cesión de un canal 24 horas de televenta a varios operadores de televenta, pues exigiría un acuerdo entre ellos para decidir como se reparten la capacidad de emisión de un canal. y 2) estas restricciones post-contractuales se consideran restricciones graves conforme al artículo 5 b) del Reglamento CE de Restricciones Verticales.

Los argumentos del Consejo son los siguientes: *"El Consejo comparte plenamente la valoración jurídica realizada por la DI. Se trata de una 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"*.

El Abogado del Estado se remite a los razonamientos de la resolución recurrida que reproduce en el escrito de contestación a la demanda.

TERCERO: La primera cuestión a analizar es si se puede considerar que el pacto de

no competencia contenido en la cláusula octava del contrato es restrictivo por el objeto. Si se considera que existe una restricción de la competencia por objeto (aquellas que por su propia naturaleza posean el potencial de restringir la competencia) no es necesario demostrar la existencia de efectos reales o potenciales contra la competencia.

La Dirección de Investigación califica la conducta como una infracción por objeto prohibido por el artículo 1.1. de la Ley 15/2007 por el mero hecho de tratarse de una restricción grave conforme al artículo 5. b) del Reglamento de exención por categorías (Reglamento (CE) num. 2790/1999 de la Comisión Europea relativo a la aplicación del artículo 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas de 22 de diciembre de 1999 que es de aplicación al pacto de competencia de acuerdo con la disposición transitoria recogida en el artículo 9 de su sucesor Reglamento (UE) número 330/2010 relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Esta apreciación no es compartida por la Sala a la vista de las Directrices comunitarias. Hay que partir de que el citado Reglamento distingue entre restricciones especialmente graves (hardcore restrictions) recogidas en el artículo 4 y las restricciones excluidas (excluded restrictions) recogidas en el artículo 5 y entre ellas en el apartado b) las obligaciones de no competencia post- contractuales asumidas por el comprador

Las Directrices de la Comisión Europea sobre restricciones verticales dan a entender que únicamente las "restricciones especialmente graves" recogidas en el artículo 4 del Reglamento de Exención por categorías constituyen infracción por objeto. Así en el apartado 7 establece. *"cuando aplica las normas de competencia de la CE, la Comisión adoptará un enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado; los acuerdos verticales han de analizarse en su contexto económico y jurídico. Sin embargo, en el caso de las restricciones por objeto enumeradas en el artículo 4 del Reglamento de exención por categorías, la Comisión no está obligada a evaluar sus efectos reales en el mercado"*.

En el mismo sentido las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 81.3 del TCE (comunicación de 27 de abril de 2004) establece en el apartado 23 *" los reglamentos de exención por categorías , las directrices y las comunicaciones de la Comisión ofrecen orientaciones no exhaustivas a fin de determinar que constituye restricción por objeto. En general, la Comisión considera restricciones por objeto aquellas que se prohíben en los reglamentos de exención por categorías o se enumeran entre las restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones. En el caso de los acuerdos horizontales, entre las restricciones de la competencia por objeto se incluyen la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados y clientes (28). En el caso de los acuerdos verticales, la categoría de las restricciones por objeto incluye, en particular, la imposición de precios de reventa mínimos y fijos y las restricciones que establecen una protección territorial absoluta, incluidas las restricciones sobre ventas pasivas (29)"*. La remisión a la nota 29 señala *"vease el artículo 4 del Reglamento CE 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999"*. Entre las restricciones especialmente graves, recogidas en el artículo 4 del Reglamento de exención por categorías no figuran los pactos de no competencia post- contractuales que pertenecen a la categoría de restricciones excluidas recogidas en el artículo 5 del Reglamento de exención por categorías.

Por tanto no existiendo una presunción de que se trate de una infracción por objeto era necesario que la CNC diera argumentos adicionales para considerar que se trataba de una infracción que tiene por objeto una restricción en el juego de la competencia

mas allá de alegar que se trata de una restricción grave conforme al artículo 5. b) del Reglamento de exención por categorías. Ello hubiera exigido examinar una serie de factores tal como se recoge en las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 81.3 del TCE (comunicación de 27 de abril de 2004) (apartado 22) *"la evaluación de si un acuerdo tiene o no por objeto restringir la competencia se basa en una serie de factores. Entre éstos cabe citar, en particular, el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue. También puede ser necesario examinar el contexto en el cual se aplica y la conducta y comportamiento efectivo de las partes en el mercado. Es decir, puede ser preciso estudiar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas en que se aplica, antes de poder concluirse que una restricción particular constituye o no una restricción de la competencia por objeto"*.

Los razonamientos de la CNC en este punto son escasos ya que se limita a asumir la tesis de la Dirección de Investigación (expuesta en un sólo párrafo) para concluir que *"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"*. Este razonamiento es insuficiente ya que como reconoce la CNC ese pacto de no competencia no impedía a VEO emitir televenta de otros operadores sino sólo no hacerlo en exclusiva. Por lo tanto VEO podía contratar con otra empresa de Televenta la emisión de un canal 24 horas de televenta siempre que no tuviera carácter exclusivo. Podía por tanto realizarse el uso compartido por varios proveedores. El hecho de que se exija un acuerdo de distribución de espacios entre proveedores ciertamente supone la realización de negociaciones más o menos largas. Ahora bien la exigencia de negociaciones no permite afirmar (como hace la Dirección de Investigación y secunda el Consejo) que esa cláusula tiene por objeto impedir a competidores de ECI el acceso a la capacidad de emisión de VEO, no siendo la exigencia de existencia de una negociación suficiente para calificar esa cláusula restrictiva de la competencia sin razonamiento alguno adicional. A ello hay que añadir que literalmente bastaría una cesión mínima de espacio a un segundo proveedor en un horario de mínima audiencia para dar cumplimiento a esa cláusula. Por otra parte ni siquiera sería necesario la distribución de espacios entre proveedores ya que bastaría que VEO dedicara su capacidad técnica de emisión a televenta y a otros usos. Por lo tanto no se aprecia a la vista de los argumentos expuestos por la CNC que el pacto fuera objetivamente apto para impedir que terceros competidores pudieran hacer uso de la capacidad de emisión de VEO de canales 24 horas de televenta en TDT.

CUARTO: Establecido que no queda acreditado la existencia de una infracción por objeto procede entrar a examinar si la CNC ha acreditado que ese pacto de no competencia es restrictivo por efecto. Conviene matizar que el hecho de que el pacto no haya desplegado efectos restrictivos de la competencia por el cierre del canal "la Tienda en Veo" en el mes de diciembre de 2010, no impide calificar el pacto restrictivo de la competencia por efecto ya que es suficiente que afecte a la competencia de forma potencial siempre que sea significativa. Así las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 81.3 del TCE (comunicación de 27 de abril de 2004) establece (apartado 24) que *"cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia. Deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales. Dicho de otro modo, el acuerdo debe tener efectos anticompetitivos probables. En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos. Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que puede preverse que tendrán efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación,*

o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad. Los efectos negativos deben ser sensibles. La prohibición contempla en el apartado 1 del artículo 81 no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes. La prohibición del apartado 1 del artículo 81 únicamente se aplica cuando a partir de un análisis adecuado del mercado puede concluirse que el acuerdo tiene efectos anticompetitivos probables en el mercado".

En este caso no realiza la CNC ningún análisis del mercado para concluir que el acuerdo tiene probables efectos anticompetitivos en el mercado, análisis que era imprescindible teniendo en cuenta que precisamente ha sido la falta de cierre del mercado de espacio televisivo el que ha determinado que no se considerara contrario a la competencia las cláusulas del mismo contrato que establecían un suministro en exclusiva al Corte Ingles de espacio televisivo para la televenta.

QUINTO: Conforme a estos razonamientos procede estimar el recurso al no constar acreditado que el pacto de no competencia contenido en la cláusula octava del contrato de 2 de agosto de 2006 celebrado entre EL CORTE INGLES 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

SEXTO: .De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre procede imponer las costas a la Administración del Estado al haberse estimado el recurso.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **EL CORTE INGLES SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de octubre de 2011 expediente S/0047/08 (Televenta) y en consecuencia se anula el dispositivo primero y segundo de la citada resolución. Las costas se imponen a la Administración del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA ILMA. SRA MAGISTRADA D^a CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 696/2011, CON FECHA 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013.

Mi discrepancia con la sentencia a la que se formula este voto particular, que en todo caso acato y respeto, viene referida a la calificación de la conducta examinada.

El correcto entendimiento de la presente controversia jurídica parte del contenido del Reglamento CE 2790/1999 cuyo artículo 2 establece:

"1. Con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará a los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios («acuerdos verticales»).

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado («restricciones verticales»).

2. La exención prevista en el apartado 1 se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año. Los acuerdos verticales celebrados por dichas asociaciones estarán amparados por el presente Reglamento, sin perjuicio de la aplicación del artículo 81 a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o a las decisiones adoptadas por la asociación.

3. La exención prevista en el apartado 1 se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. La exención se aplicará a condición de que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al presente Reglamento..."

Pero a continuación, el artículo 5 establece:

"La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:...

b) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios excepto cuando tal obligación:

- se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, y

- se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y

- sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo; esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no

sean de dominio público; ..."

La CNC entiende que la conducta se incluye en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y que no se ampara en la exención por incluirse en el supuesto del artículo 5 b) antes transcrito.

El razonamiento de la mayoría se centra en que no nos encontramos ante una restricción por objeto y que por ello la CNC debió ponderar los efectos, no haciéndolo.

No puedo compartir esta apreciación. En primer lugar, porque, como reiteradamente hemos afirmado, el artículo 1 de la Ley 15/2007 no exige una efectiva afectación de la libre competencia, basta con que la conducta tenga aptitud para afectarla, y así resulta del propio texto del artículo *"Se 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 parte del mercado nacional..."* En segundo lugar porque la CNC razona la afectación de la libre competencia por la conducta, ya que señala que el pacto tiene por objeto impedir a competidores de ECI el acceso a la capacidad de emisión de VEO una vez terminada la relación comercial. Y la DI, cuyos argumentos son aceptados por el Consejo, señala que es poco viable la cesión de un canal de televenta de 24 horas, a varios operadores. Entiendo por ello que ha existido ponderación de la aptitud de la conducta para afectar la libre competencia, y que esta ponderación es suficiente, sin que sea exigible un razonamiento adicional, pues lo que resulta claro de los razonamientos de la Resolución, es que la conducta es apta para restringir la competencia y que no se encuentra amparada por la exención del Reglamento CE 2790/1999.

Por todo ello en mi opinión debió desestimarse el recurso.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.