

RESOLUCION **(Expte. S/0270/10 GRUPO MALLA)**

Consejo

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, 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
D^a. Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 30 de marzo de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente el Consejero D. Luis Díez Martín, ha dictado esta resolución en el expediente sancionador S/0270/10, GRUPO MALLA, incoado por la Dirección de Investigación (DI) de la CNC contra Malla S.A. (en adelante MALLA) y ampliado a Publicidad Continental S.A. por supuestas conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de abril de 2010 se recibió en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) un escrito de un particular denunciando que existía una empresa en Baleares que controlaba casi toda la publicidad exterior de esta región, y que en los concursos de publicidad convocados por las Administraciones Públicas ofrecía descuentos por la publicidad exterior muy superiores a los que daba a las agencias de publicidad competidoras, además de incluir como mejoras gratuitas un número importante de soportes de publicidad exterior.
2. Con fecha 11 de junio de 2010 la DI remitió diversos requerimientos de información a Malla, S.A. (MALLA), a las empresas Clave de Publicidad, Nimbus Publicidad, Inteligencia, DCP3, Cent&Ment, Di7, Mediaworks, SSIT Publicitaris y Proximia Balears, así como a los organismos públicos Consell de Mallorca y Govern de las Islas Baleares. Entre el 17 de junio y el 7 de julio de 2010 se recibieron las respuestas a estos requerimientos.
3. Con fecha 14 de septiembre de 2010, la DI remitió requerimientos de información a las empresas JCDecaux, Clear Channel, Cabitel Telefónica, VSA Comunicación, Dos Puntos Publicidad y Publicidad Matas, en relación a la situación del mercado de publicidad exterior en Baleares. Entre el 22 de septiembre y el 6 de octubre de 2010, tuvieron entrada en la CNC las respuestas de las empresas JCDecaux, Clear Channel, Cabitel Telefónica, Dos Puntos Publicidad y Publicidad Matas.

- 4.** Teniendo en cuenta la información aportada en las respuestas a los requerimientos de información, con fecha 4 de octubre de 2010, la Directora de Investigación acordó incoar expediente sancionador S/0270/10 contra MALLA, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el artículo 2 de la LDC. El acuerdo se notificó a MALLA el 5 de octubre de 2010.
- 5.** Con fecha 26 de octubre de 2010, la DI remitió a MALLA requerimiento de información con el fin de aclarar algunos datos sobre contratos de publicidad exterior en Baleares. El 17 de noviembre y el 9 de diciembre de 2010, tuvo entrada la contestación de MALLA. Además de contestar a las cuestiones propuestas, MALLA adjunta un cuadro sobre los procedimientos de licitación pública referidos a publicidad exterior en Baleares, en los que ha participado.
- 6.** Con fecha 17 de diciembre de 2010, la DI remitió requerimiento de información a MALLA, con el fin de aclarar algunas de las respuestas a los requerimientos de información de 11 de junio y 26 de octubre de 2010. El 11 de enero de 2011, tuvo entrada la respuesta de MALLA. Además de la contestación al requerimiento, MALLA adjunta documentación adicional referida a pliegos de licitaciones públicas en las que ha participado como licitador.
- 7.** Con fecha 27 de enero de 2011, la DI remitió requerimientos de información al Ayuntamiento de Inca, Consell Insular de Ibiza-Formentera, Fira i Congressos de Balears, Institut de L'Esport Hipic de Mallorca y Ayuntamiento de Palma, en los que se solicitaba información sobre contratos de publicidad exterior adjudicados por estos organismos públicos. Entre el 10 y el 21 de febrero de 2011, tuvieron entrada las respuestas de los cinco organismos.
- 8.** El 3 de marzo de 2011, tuvo entrada el escrito de alegaciones de MALLA al acuerdo de incoación del expediente. En base a estas alegaciones, MALLA propone la adopción de una resolución que acuerde el archivo del expediente.
- 9.** Con fecha 10 de marzo de 2011, la DI remitió requerimiento de información a MALLA, respecto de las empresas que están presentes tanto en el mercado primario como secundario de publicidad exterior en Baleares, así como sobre el volumen de ventas y cuotas de mercado de MALLA. La contestación tuvo entrada en la CNC el 30 de marzo de 2011. El 6 de abril de 2011, tuvo entrada un escrito de MALLA en el que ampliaba algunos datos.
- 10.** Con fecha 7 de abril de 2011, la DI remitió requerimientos de información a las empresas In Store Media Group, Publinet Balear, Plusmarketing, VSA Comunicación, Animotv, Publipalma, Virtual Glass, Estop Estudios de Topografía, Bravo Media, Nivell Publicitari, Artenosa Publicidade, De Vidre Retols, Rotulos Irla, Impacte Publicitat, Servicio Intergral de Publicidad, Publictactil, International Sports Organization, al objeto de conocer diversas cuestiones sobre la situación del mercado de publicidad exterior en Baleares. Catorce contestaciones a estos diecisiete requerimientos tuvieron entrada en la CNC entre el 8 de abril de 2011 y el 20 de mayo de 2011.
- 11.** Con fecha 12 de abril, tuvo entrada en la CNC un escrito de MALLA en el que solicita el archivo del expediente, aportando para ello una carta firmada por el

Decano del Colegio Oficial de Publicitarios y Relaciones Públicas de las Islas Baleares, en la que afirma que en esa Comunidad Autónoma existen muchas otras empresas distintas de MALLA que ofrecen servicios de publicidad exterior, no recogiendo Infoadex todas las empresas presentes en este sector.

12. Con fecha 16 de mayo de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito de MALLA en el que aportaba aclaraciones en relación a diversas facturas por servicios prestados a entidades del sector público de Baleares.

13. Con fecha 30 de junio de 2011 la Dirección de Investigación acordó la ampliación de la incoación del expediente a Publicidad Continental, S.A., una filial al 100% de MALLA hasta mayo de 2011.

14. Con fecha 12 de julio de 2011 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a las partes el 13 de julio de 2011. En el escrito de notificación se solicitaba, tanto a MALLA como a Publicidad Continental, información sobre su volumen de negocios referido a los años 2007, 2008 y 2009, que facilitaron el 1 de agosto.

15. El 22 de julio de 2011, MALLA y Publicidad Continental solicitaron la terminación convencional del expediente de referencia. En la misma, MALLA definía las líneas generales de los compromisos que ofrece presentar, fundamentalmente dirigidos a regular durante un determinado plazo su oferta futura de publicidad exterior en Baleares, entre otros aspectos, no ofreciendo a los clientes finales mayores descuentos que los facilitados a las agencias de publicidad.

16. Con fecha 28 de julio de 2011 tuvo entrada en la CNC un escrito de la empresa [...] en el que reconocía que había sido la denunciante, se desdecía de lo indicado en sus escritos de abril y mayo de 2010, y reiteraba que existen muchas otras empresas distintas de MALLA que ofrecen servicios de publicidad exterior en Baleares, por lo que los anunciantes y agencias de publicidad disponen de numerosas alternativas para realizar su elección.

17. El 29 de julio de 2011, la DI acordó la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente, por entender que en este caso no existen compromisos adecuados para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que garantizasen suficientemente el interés público.

18. Con fecha 2 de agosto de 2011 tuvo entrada en la CNC un escrito de Infoadex, reiterando que la información que publica del mercado de publicidad exterior en Baleares es incompleta y es necesario un estudio más exhaustivo para llegar a conclusiones fiables sobre su configuración.

19. Con fecha 10 de agosto de 2011 tuvieron entrada en la CNC las alegaciones al PCH de Malla, S.A. y Publicidad Continental, S.A.

20. El 6 de septiembre de 2011, la DI envió a IN STORE MEDIA GROUP, PUBLINET BALEAR Y PUBLITACTIL, un escrito solicitando información sobre las actividades de estas empresas en el sector de la publicidad exterior. El 7 de

septiembre de 2011 se recibió la respuesta de IN STORE MEDIA GROUP señalando que no oferta publicidad exterior. El 8 de septiembre de 2011 y con el fin de aclarar algunas de las respuestas de su escrito de fecha 7 de septiembre, la DI envió a IN STORE MEDIA GROUP, un escrito solicitando información sobre sus ventas en publicidad en punto de venta. Con fechas 13, 14 y 22 de septiembre de 2011, respectivamente, tuvieron entrada en la CNC los escritos de las empresas PUBLINET BALEAR, IN STORE MEDIA GROUP Y PUBLITACTIL, aportando la información solicitada.

21. Con fecha 21 de septiembre de 2011, se procedió al cierre de la fase de instrucción comunicándose a las partes el 22 de septiembre de 2011.

22. Con fecha 22 de septiembre de 2011 se formuló la Propuesta de Resolución (PR) que fue notificada a las partes en la misma fecha.

23. Con fecha 13 de octubre de 2011 tuvo entrada en la CNC un escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por Malla, S.A. y Publicidad Continental, S.A. No se solicita la práctica de pruebas o actuaciones complementarias ni se pide la celebración de vista.

24. Con fecha 23 de agosto de 2011. La DI eleva al Consejo el Informe Propuesta. En el mismo PROPONE:

PRIMERO. *Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, consistentes en presentar de forma continuada, al menos entre 2007 y 2009, un número significativo de ofertas de publicidad exterior en Baleares a clientes finales, especialmente en expedientes de contratación convocados por Administraciones Públicas de Baleares, con unos descuentos y/o publicidad gratuita que generan un estrechamiento de márgenes y una discriminación injustificada a las agencias de publicidad a las que Malla, S.A. suministra publicidad exterior y que concurren con Malla, S.A. y Publicidad Continental, S.A. en el mercado de agencias de publicidad (como compradoras espacios publicitarios) en Baleares.*

SEGUNDO. *Que se declare responsable de dicha infracción a Malla, S.A. y a Publicidad Continental, S.A.*

TERCERO. *Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3.b) de la LDC.*

CUARTO. *Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*

QUINTO. *Que se intime a Malla, S.A. y a Publicidad Continental, S.A. para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.*

SEXTO. *Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes.*

27. Son interesados en el presente expediente los siguientes:

Malla S.A.

Publicidad Continental, S.A.

28. El Consejo de la CNC deliberó sobre el expediente en diversas sesiones y falló la presente Resolución el 14 de marzo de 2012.

HECHOS PROBADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los hechos acreditados por la Dirección de Investigación durante la instrucción que se ha llevado a cabo, hechos que se relatan en el presente epígrafe, después una breve descripción de las partes imputadas en este expediente y de las características del sector afectado.

1. LAS PARTES

MALLA, S.A. Y GRUPO MALLA

MALLA es la empresa principal del grupo de empresas denominado GRUPO MALLA, dedicado a la comercialización de publicidad en general y especializado en el sector de la publicidad exterior: vallas y similares, mobiliario urbano, objetos publicitarios iluminados (OPIS), etc., que opera fundamentalmente en las islas Baleares.

Además de operador en la comercialización mayorista de soportes de publicidad exterior, MALLA también realiza actividades de agencia de publicidad, disponiendo para ello de participaciones en diferentes empresas, entre las que se encuentran las siguientes:

Publicidad Continental, S.A., Mediterránea Internacional de Publicidad, S.A., Menorca de Publicidad, S.A., Ibiza Publicidad, S.A., controlada al 75% por Malla, S.A. y Grupo de Exclusivas Publicitarias, S.A. (GREPSA),

Publicidad Continental S.A.

Publicidad Continental, S.A., es una empresa controlada al 100% por Balear de Publicidad Exterior y Exclusivas, S.L., empresa que a su vez estuvo controlada por Malla, S.A. al 100% hasta el 9 de mayo de 2011, fecha en la que pasó a estar controlada al 100% por Tolo Cincuenta y Cuatro, S.L., propiedad del Administrador Único de Malla, S.A.

2. CARACTERISICAS DEL SECTOR

Dentro del sector de la publicidad, y tomando como base los estudios que anualmente elabora Infoadex, se pueden distinguir dos grandes grupos de soportes de publicidad. Por un lado los soportes convencionales, entre los que se encuentran junto a la publicidad exterior, la publicidad en prensa, radio, cine,

televisión e Internet. Por otro lado los soportes no convencionales, que incluyen el marketing directo (publicidad directa y buzoneo), el marketing telefónico, publicidad en punto de venta, catálogos, patrocinios deportivos, así como la publicidad en ferias y exposiciones.

Los diversos segmentos que componen la publicidad exterior son sustitutivos entre sí, debido a su misma finalidad: atraer la atención del consumidor en movimiento, y transmitir a la población en espacios abiertos o de ámbito de utilidad general un mensaje publicitario, características que lo diferencian del resto de soportes convencionales de publicidad. Además, el medio exterior es el único en el mercado publicitario que permite al anunciante exhibir sus campañas de forma estratégica en el entorno urbano, y se caracteriza por su flexibilidad de ubicación, lo que permite fácilmente la configuración de campañas específicas adaptadas a las necesidades del anunciante.

Las agencias de publicidad actúan como intermediarios en la adquisición de soportes para la publicidad, contratando con los distintos oferentes de espacios publicitarios, siendo su remuneración una comisión o el diferencial entre el precio que obtiene la agencia de publicidad de los gestores de los distintos soportes publicitarios utilizados y el precio pagado por el cliente final por dicha publicidad.

Los anunciantes suelen planear las campañas a nivel nacional y muchas agencias de publicidad actúan a nivel nacional.

También los principales operadores del sector operan en el ámbito nacional y actúan ofreciendo su espacio publicitario a las centrales de medios en circuitos que abarcan al menos la totalidad del territorio nacional.

La oferta de soportes de publicidad exterior en Baleares está compuesta por aquellas empresas que pueden ofrecer directamente a sus clientes soportes de los que son directamente gestores, sin necesidad de recurrir a los que gestionan otras empresas. Dentro de este tipo de empresas se encuentran varias de implantación nacional e incluso internacional, como JCDecaux, Cabiltel (Telefónica) y Clear Channel, junto con MALLA que tiene una fuerte implantación en Baleares.

JCDecaux comercializa exclusivamente publicidad en los aeropuertos de Baleares, en virtud de un contrato de ámbito estatal suscrito con AENA el 27 de diciembre de 2004, con vencimiento el 21 de diciembre de 2011, para la gestión comercial de la actividad publicitaria y promocional en los aeropuertos de Baleares. Fuera del ámbito de los aeropuertos, JCDecaux no dispone de ningún soporte exterior en Baleares.

El único contrato en virtud del cual Clear Channel explota soportes publicitarios en el territorio de Baleares es el suscrito con Centros Comerciales Carrefour a nivel estatal, que permite la explotación publicitaria en exclusiva de los soportes ubicados en estos centros comerciales y sus aparcamientos, en todo el territorio nacional hasta el 31 de diciembre de 2015.

De la información publicada por Infoadex en relación con el comportamiento del mercado de publicidad exterior en Baleares para el primer semestre de 2010, se desprende que el 26% de los clientes finales (anunciantes) de publicidad exterior en Baleares restringen sus campañas publicitarias únicamente a ese ámbito geográfico, sin publicitarse en el resto de España. En este segmento destacan las Administraciones Públicas regionales, insulares y locales de Baleares cuyos contratos de publicidad están afectados por las conductas del Grupo MALLA analizadas en el presente expediente.

Por tanto, existe una proporción de anunciantes locales (entre los que destacan las AAPP) que no requieren que su publicidad se extienda más allá de este ámbito, acentuada por la condición de insularidad de la Comunidad Autónoma. En los concursos en los que se demandaba publicidad exterior, convocados en los años 2007, 2008 y 2009 por el Govern de les Illes Balears y el Consell de Mallorca, más del 90% de las empresas licitadoras eran empresas de Baleares, por lo que en los concursos convocados por AAPP la competencia entre agencias de publicidad se produce fundamentalmente a nivel regional.

Para poder ejercer la actividad de publicidad exterior es necesario contar con la correspondiente autorización administrativa para la instalación del soporte correspondiente. Esta podría ser la mayor limitación al crecimiento de este sector.

La normativa general en materia de publicidad exterior está definida en el artículo 1 del Decreto 917/1967, de 20 de abril, y la Orden de 27 de febrero de 1969 que lo desarrolló. Esta normativa establece los requisitos de tipo general que han de cumplir las instalaciones de publicidad exterior, así como los lugares expresamente prohibidos para la instalación.

Los Ayuntamientos suelen aprobar ordenanzas en las que se regula la publicidad exterior en el municipio. Ordenanzas que regulan en detalle los requisitos para la instalación de publicidad en edificios, obras, solares o terrenos colindantes a vías rápidas, para la que es necesario obtener la correspondiente licencia municipal, previa solicitud por parte del anunciante. Además los Ayuntamientos convocan concursos públicos para otorgar la gestión de publicidad exterior en el mobiliario urbano, en el transporte público y otros espacios susceptibles de soportar publicidad exterior de los que son titulares.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, se suelen convocar concursos públicos para contratar el servicio de publicidad exterior, que son resueltos de acuerdo con los preceptos establecidos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En lo que se refiere a inversiones necesarias para ejercer esta actividad, estas son poco importantes. Según la información aportada por MALLA el coste medio de instalación de una valla es aproximadamente de 2.300 euros, mientras que en el caso de un OPI, asciende a 2.823 euros.

El peso de Grupo MALLA en el periodo analizado es significativo en los principales tipos de soportes de publicidad exterior en Baleares. En la mayoría de los casos, cuando las agencias de publicidad ajenas a MALLA consiguen algún

contrato en el que se tenga que prestar algún servicio de publicidad exterior, acuden a MALLA para que se la suministre, pagando por ello los precios establecidos en las tarifas oficiales de MALLA, con un descuento que varía en cada caso.

En la siguiente tabla se refleja la cifra de ventas de las principales empresas de publicidad exterior en Baleares referidas al primer semestre de 2010. La tabla refleja la información que las empresas del sector de la publicidad exterior han aportado voluntariamente a Infoadex. MALLA sólo comenzó a facilitar datos a partir de 2010.

CIFRA DE VENTAS DE PUBLICIDAD EXTERIOR EN BALEARES DEL PRIMER SEMESTRE DE 2010		
EMPRESA	CIFRA DE VENTAS EN €	CUOTA
Grupo Malla	2.211.868	61,4%
Cabitel (Telefónica)	69.082	1,9%
JCDecaux	1.205.648	33,5%
Clear Channel	101.828	2,8%
Indoor Media	13.680	0,4%
TOTAL	3.602.106	100%

Fuente: Infoadex

La tabla muestra que MALLA posee en el primer semestre de 2010 el 61,4% de las ventas de publicidad exterior en Baleares.

Por otro lado, con la información aportada por Infoadex correspondiente a los años 2008 y 2009, se puede formar la siguiente tabla uniendo a los datos de Infoadex la información suministrada por MALLA sobre su cifra de ventas para esos años.

CIFRA DE VENTAS DE PUBLICIDAD EXTERIOR EN BALEARES EN €						
EMPRESA	AÑO 2008	CUOTA	AÑO 2009	CUOTA	PRIMER SEMESTRE 2010	CUOTA
Grupo Malla	[...]	[...]	[...]	[...]	2.221.868	61,4%
Cabitel	[...]	[...]	[...]	[...]	69.082	1,9%
JCDecaux	[...]	[...]	[...]	[...]	1.205.648	33,5%
Clear Channel	[...]	[...]	[...]	[...]	101.828	2,8%
Indoor Media	[...]	[...]	[...]	[...]	13.680	0,4%
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	3.602.106	100,%

Fuente: Elaboración propia a partir datos Infoadex y MALLA

Se puede observar que en el periodo analizado MALLA ha tenido siempre un peso muy superior al resto de sus competidores, si bien se constata una menor diferencia con sus competidores en el año 2010.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que MALLA estima que los anteriores datos no muestran la totalidad de las ventas de publicidad exterior en Baleares, ya que existen empresas del sector que no facilitan datos a Infoadex.

En base a este argumento MALLA presenta sus estimaciones realizadas en relación con las ventas totales del mercado de publicidad exterior en los últimos años, en donde añade a los datos de los competidores que aportan información a Infoadex, un apartado denominado "Otros no Infoadex" que recoge la totalidad de las ventas de un conjunto de empresas detalladas en un anexo. El resultado es la información que aparece en la siguiente tabla:

CIFRA DE VENTAS DE PUBLICIDAD EXTERIOR EN BALEARES EN €						
<i>EMPRESA</i>	<i>AÑO 2008</i>	<i>CUOTA</i>	<i>AÑO 2009</i>	<i>CUOTA</i>	<i>AÑO 2010</i>	<i>CUOTA</i>
Grupo Malla	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cabitel	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
JCDecaux	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Clear Channel	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Otros Infoadex	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Otros no Infoadex	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Sin embargo, la Dirección de Investigación considera que estas estimaciones de Grupo MALLA no son homogéneas, especialmente en lo relativo al apartado de "Otros no Infoadex", que tiene una dimensión excesivamente elevada. Una vez analizada la información sobre las empresas que forman parte de la lista que ha sido denominada "Otros no Infoadex", se deben hacer las siguientes precisiones:

- Aparece en la misma el Institut de l'Esport Hípic de Mallorca, entidad que en principio no gestiona publicidad exterior y cede los espacios publicitarios en el hipódromo de Mallorca a terceros, que son quienes los ofertan en el mercado. En todo caso, el peso de estos espacios publicitarios en el hipódromo de Mallorca es marginal en la oferta de publicidad exterior en Baleares. Asimismo, hay que tener en cuenta que el Institut de l'Esport Hípic de Mallorca es demandante de publicidad exterior, y que convoca concursos públicos para la contratación de dicha publicidad, como se refleja en el apartado referido a hechos acreditados, donde se describen los procedimientos de varios concursos de esta entidad.
- Se citan algunas empresas como Publitactil, In Store Media Group, Publinet Balear, etc. Que, según sus propias declaraciones, no están presentes en el mercado de publicidad exterior en Baleares.

También se aporta información de entidades como Club de Basquet "Palacio de Congresos de Ibiza", Club de Fútbol San Rafael, Pabellón Bintaufa Menorca Basquet, Radio Taxi Manacor, etc., que no son empresas de publicidad exterior,

sino que obtienen algunos beneficios procedentes de la publicidad exterior como complemento a su actividad principal, utilizando para ello espacios libres de sus bienes muebles o inmuebles en los que se pueden instalar soportes de este tipo de publicidad. En todo caso, dada la situación de estos bienes muebles o inmuebles y su audiencia potencial, el volumen de negocios que se puede asociar a la publicidad exterior en estos ámbitos es residual y no afecta de forma significativa de cara al análisis de la estructura de la oferta de publicidad exterior.

- El caso del RCD Mallorca SAD tiene especial relevancia, pues de acuerdo con las cuentas anuales que presentó en el Registro Mercantil relativas al ejercicio 2008/2009 obtuvo unos ingresos derivados de la publicidad estática de 1.350.000 €. Ahora bien, estos ingresos no provienen de la venta de publicidad exterior como actividad principal, sino de ingresos por cesión de derechos que explotan agencias de publicidad o centrales de medios.

Por su parte, la empresa International Sports Organization, S.A. cede los derechos de explotación publicitaria del estadio a empresas de publicidad exterior, entre ellas GREPSA (perteneciente al Grupo Malla).

Por lo tanto, no es el CD Mallorca SAD el que se dedica a la actividad de publicidad exterior, sino que hasta abril de 2010 ha sido el Grupo MALLA el que ha gestionado la publicidad exterior de este club. En este sentido, en las tarifas de publicidad exterior de MALLA en el año 2010, se incluye la publicidad exterior en el estadio de este club de fútbol.

- Por otro lado, la empresa Artenosa Publicidade, sólo está presente en Baleares a partir del 31 de marzo de 2011, fecha en la que resultó adjudicataria del concurso para la explotación de la publicidad de los autobuses de la EMT de Palma de Mallorca, hasta entonces explotada por MALLA. Las tarifas de publicidad exterior de MALLA en el año 2010 incluyen la publicidad exterior de los autobuses de la EMT de Palma de Mallorca

- Por último, cabe señalar que sí existen dentro de la lista aportada por MALLA algunas empresas que ejercen su actividad en el mercado primario de publicidad exterior en Baleares, pero que tienen una participación menor dentro del sector analizado. Estas empresas son las siguientes:

Plus Marketing, Nivell Publicitari Digital, Estop, Estudios Topografía, Bravo Media Comunicación, VSA Comunicación, y De Vidre Retols,

Por consiguiente, si en los datos aportados por MALLA sólo tenemos en cuenta las empresas que dentro del apartado "Otros no Infoadex" ejercen de forma significativa su actividad dentro del mercado de publicidad exterior en Baleares, el resultado es el que aparece en la siguiente tabla, donde se puede observar que el peso de Malla supera el [60-70]% en cada uno de los tres últimos años:

CIFRA DE VENTAS DE PUBLICIDAD EXTERIOR EN BALEARES EN €						
EMPRESA	AÑO 2008	CUOTA	AÑO 2009	CUOTA	AÑO 2010	CUOTA
Grupo Malla	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cabitel	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
JCDecaux	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Clear Channel	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Otros Infoadex	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Otros no Infoadex	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Fuente: Estimaciones Malla corregidas por análisis de la DI

Por lo que respecta al porcentaje de soportes de publicidad que comercializa el Grupo Malla, la empresa facilita las siguientes estimaciones:

	Propiedad			Arrendamiento			Concesión			Total		
	Malla	Total Islas	% Malla	Malla	Total Islas	% Malla	Malla	Total Islas	% Malla	Malla	Total Islas	% Malla
Total Vallas y similares	[...]	172	[0-10]	[...]	2.556	[80-90]	[...]	33	[0-10]	[...]	2.761	[80-90]
Total Mobiliario Urbano	[...]	0	[0-10]	[...]	143	[0-10]	[...]	6.650	[70-80]	[...]	6.793	[70-80]
Total Otros	[...]	0	[0-10]	[...]	4.053	[0-10]	[...]	158	[0-10]	[...]	4.211	[0-10]
Total	[...]	172	[0,0]	[...]	6.752	[30-40]	[...]	6.841	[70-80]	[...]	13.765	[50-60]

2. HECHOS ACREDITADOS

2.1 En relación con la contratación de publicidad exterior con AAPP

- (1) En la siguiente tabla se aporta información de algunos de los contratos menores convocados por las Administraciones Públicas del ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en los que se demandaba publicidad exterior, que fueron adjudicados a MALLA durante los años 2007, 2008 y 2009.

Año	Administración Contratante	Objeto	Importe en €	Importe correspondiente a publicidad exterior	% DTO. ofrecido por Malla sobre tarifa general publicidad exterior	Nº Unidades de publicidad exterior ofrecidas gratuitamente por Malla	Valor en € de la publicidad exterior ofrecida gratuitamente por Malla
2007 (enero-noviembre)	Ayuntamiento de Inca	Varias campañas de publicidad	24.223	5.180	50%	0	0
2007 (febrero-abril)	Consell Insular de Ibiza-Formentera	Varias campañas de publicidad	16.816,38	13.936,38	37,33%	0	0
2008 (enero-octubre)	Ayuntamiento de Palma	Varias campañas de publicidad	26.363,2	26.363,2	40,22%	0	0
2008 (octubre)	Ayuntamiento de Inca	Campaña Policía Interior	2.826	1.265	42%	0	0
2008 (febrero-mayo)	Fires i Congressos de Balears, S.A.	Publicidad de diversas ferias y exposiciones	23.544	21.120	30%	0	0
2008 (febrero-diciembre)	Consell Insular de Ibiza-Formentera	Varias campañas de publicidad	18.737,98	9.509,73	44,55%	25 OPIS	2.880
2009 (enero-diciembre)	Ayuntamiento de Palma	Varias campañas de publicidad	10.121,19	7.380	39,50%	0	0
2009 (febrero)	Ayuntamiento de Inca	Campaña Impuestos Municipales	2.826	1.265	50%	0	0
2009 (abril-mayo)	Consell Insular de Ibiza-Formentera	Varias campañas de publicidad	26.706,75	14.980,54	40,45%	40 OPIS	4.608

Fuente: Malla (folios 1021 a 1024 y 1341 a 1352), Consell Insular de Ibiza-Formentera (folios 1600 a 1626), Fires i Congressos de Balears, S.A. (folios 2180 a 2188), Ayuntamiento de Palma (folios 2197 a 2246), Ayuntamiento de Inca (folios 1583 a 1596),

(2) En los casos de procedimientos abiertos, en los que es obligatoria la publicación de la convocatoria del expediente correspondiente y la adjudicación debe realizarse a la empresa que presente la mejor oferta, MALLA ha presentado ofertas con descuentos y/o con un número de soportes de publicidad exterior gratuitos. Así, por ejemplo, podemos señalar los siguientes expedientes:

- a) Servicio de publicidad y promoción convocado por el Consell Insular de Mallorca (14 de octubre de 2008), importe: 3.992.553,15 €.

Según el pliego de condiciones, este concurso consistía en la gestión de anuncios publicitarios en cualquier soporte o formato: prensa, revistas, publicidad exterior, radio, televisión, internet, etc. y su ámbito geográfico se establecía en la isla de Mallorca.

Las ofertas presentadas se evaluaron atendiendo a cuatro criterios:

- Importe de la oferta económica, con un total de 45 puntos, distribuidos de la siguiente forma, A) 30 puntos para los descuentos sobre los precios de las inserciones publicitarias, donde la publicidad exterior tenía una ponderación del 10% sobre los 30 puntos. B) 15 puntos para los descuentos sobre las tarifas de diseño, maquetación, ilustraciones y correcciones de anuncios en prensa, así como sobre los descuentos sobre el diseño de artes gráficas, edición e impresión de artes gráficas, entre los que figuraban carteles OPIS y carteles vallas.
- Mejoras técnicas en la presentación del servicio para lograr el objeto de este contrato, con un total de 20 puntos. En este apartado se valoraban todas aquellas actuaciones que sirvieran para analizar y mejorar la acción publicitaria y su impacto sobre el público.
- Mejoras en los medios técnicos y recursos humanos dedicados al contrato, con un total de 20 puntos, donde se valoraba la ampliación y disponibilidad del personal destinado exclusivamente a las tareas encomendadas por el Consell de Mallorca.
- Propuesta de la línea de diseño de los anuncios a los cuales hace referencia el contrato, con un total de 15 puntos, donde se valoraba el impacto creativo y la eficacia.

Según el Consell Insular de Mallorca, MALLA ofertó un 60% de descuento sobre tarifa general de MALLA en publicidad exterior y 7.813 caras de OPIS de exposición semanal, que se valoraron dentro del apartado de mejoras técnicas en la presentación del servicio, por un importe de 1.000.000 €.

Sin embargo, en respuesta a un requerimiento de información, MALLA indicó que la mejora que ofertó fue de 3.750 OPIS, por valor de 144.000 €.

En este concurso, MALLA obtuvo un total de 61,3 puntos, mientras que la adjudicataria, UTE Di7 MPG Proximia Mallorca, obtuvo 92,5 puntos.

b) Servicio general de publicidad convocado por el Govern Balear (año 2009), importe: 2.400.000 €.

Según el pliego de condiciones, este concurso comprendía el diseño, realización, gestión y difusión de anuncios publicitarios en cualquier soporte: prensa, revistas, edición de spots televisivos, folletos, etc. (excepto los radiofónicos), incluida expresamente la publicidad exterior. Su ámbito geográfico era la Comunidad Autónoma de Baleares. Las ofertas presentadas se evaluaron atendiendo a tres criterios:

- Importe de la oferta económica, con un 70% de ponderación sobre el total, que se correspondían: A) 50% para los descuentos sobre las tarifas oficiales de los medios de comunicación, donde la publicidad exterior tenía una ponderación del 15% sobre el 50%. B) 20% para los descuentos sobre las tarifas de diseño maquetación y realización, entre los que se encontraban OPIS y vallas.
- Metodología/Organización del servicio, con un 20% de ponderación sobre el total. Los licitadores tenían que presentar una memoria técnica en la que

describían el método y las prestaciones que proponían para la ejecución del contrato.

- Mejoras/Prestaciones adicionales, con un 10% de ponderación sobre el total. Aquí se podía incluir cualquier propuesta que pudiera repercutir favorablemente en la realización del contrato.

Según el Govern Balear, MALLA ofertó un 70% de descuento sobre tarifa general de MALLA en publicidad exterior y como mejora, publicidad gratuita con un importe equivalente al 25% del presupuesto del contrato, es decir, 600.000 €.

Sin embargo, en la respuesta a un requerimiento de información, MALLA indicó que presentó como mejora 4.687 OPIS por valor de 180.000 €.

En este concurso, MALLA obtuvo un total de 28,13 puntos, mientras que la adjudicataria, Clave de Publicidad, obtuvo un total de 29,87 puntos.

c) Servicio de publicidad para anunciar la celebración del día de las Islas Baleares 2009, convocado por el Govern Balear (año 2009), importe: 133.999,72 €.

En el pliego de condiciones se establece que se llevará a cabo a través de tres grupos de medios: prensa escrita, medios radiofónicos y publicidad exterior.

Las ofertas se ponderaban de la siguiente manera: oferta económica, 55%; planificación de medios, 35%; mejoras y prestaciones adicionales, 10%.

Las empresas admitidas a concurso fueron Illa de Publicitat i Màrqueting, Di7, Cent&Ment, Clave, Malla y Nimbus. (folio 604) .

El contrato se adjudicó a MALLA por un importe de 92.624,91 €, de los que 27.852,8 € correspondían a publicidad exterior.

Según el Govern Balear, MALLA ofertó un 20% de descuento sobre tarifa general de MALLA en publicidad exterior y ofertó como mejora publicidad gratuita 270 OPIS por valor de 34.816 €.

En cambio, en respuesta a un requerimiento de información, MALLA indicó que había presentado una mejora de 270 OPIS, con un valor de 8.953 €.

d) Servicio de publicidad y promoción convocado por el Institut de l'Esport Hípic de Mallorca (2 de abril de 2007), importe 178.947,26 €

En el pliego de condiciones del concurso se establece que el objeto del concurso es la prestación del servicio de publicidad y promoción a través de los correspondientes medios de comunicación: prensa, radio, revistas, televisión, cine y publicidad exterior, para la difusión de anuncios publicitarios.

Las ponderaciones en la adjudicación fueron:

- Oferta económica: 30 puntos, de los que la publicidad exterior se ponderaba en un 20% sobre los 30 puntos.

- Mejoras de la oferta en relación a servicios y medios propios para dar más cobertura y ampliación de audiencia: 30 puntos.

- Mejoras en el equipo del personal: 20 puntos.

- Línea de diseño de los anuncios: 20 puntos.

Sólo se presentó una empresa, Publicidad Continental, S.A., agencia de publicidad perteneciente al Grupo Malla, que fue la adjudicataria.

Según el Institut de l'Esport Hípic, MALLA ofreció un 30% de descuento sobre tarifa general de MALLA en publicidad exterior y como mejora de la oferta, vallas y OPIS gratuitos por valor de 55.000 €.

Por su parte, en la respuesta a un requerimiento de información, MALLA decía que no había ofrecido ninguna mejora.

e) Servicio de publicidad y promoción convocado por el Institut de l'Esport Hípic de Mallorca (21 de mayo de 2008), importe 150.862 €

En el pliego de condiciones del concurso se establece que el objeto del concurso es la prestación del servicio de publicidad y promoción de este Institut a través de los correspondientes medios de comunicación: prensa, radio, revistas, televisión, cine y publicidad exterior, para la difusión de anuncios publicitarios. Estos serán destinados a los ciudadanos de Mallorca.

En las ponderaciones para la adjudicación sólo se modifica respecto al año pasado la valoración de las mejoras en el equipo del personal.

Las ponderaciones en la adjudicación fueron:

- Oferta económica: 30 puntos, de los que la publicidad exterior se ponderaba en un 20% sobre los 30 puntos.
- Mejoras de la oferta en relación a servicios y medios propios para dar más cobertura y ampliación de audiencia: 30 puntos.
- Mejoras en el equipo del personal: 10 puntos.
- Línea de diseño de los anuncios: 20 puntos.

En el informe de adjudicación de Institut de l'Esport Hípic aparece que la empresa adjudicataria, Publicidad Continental, S.A., filial de MALLA en ese momento, ofreció un 30% de descuento sobre tarifa general de MALLA en publicidad exterior, así como vallas y OPIS gratuitas por valor de 55.000 €, mientras que la otra empresa licitadora Clave de Publicidad, S.A., ofreció un 5% de descuento en publicidad exterior y 5.000 € como mejoras consistentes en adaptaciones necesarias para la publicación de anuncios y merchandising.

Por su parte, en la respuesta a un requerimiento de información, MALLA decía que no había ofrecido nada de publicidad exterior gratuita.

2.2 En relación con la contratación de soportes de publicidad exterior de MALLA con agencias de publicidad.

El Grupo Malla es proveedor de soportes de publicidad exterior de las agencias de publicidad que, por su parte, también optan a ser adjudicatarias de expedientes de publicidad de las AAPP.

De la información aportada por las agencias de publicidad presentes en Baleares, se desprende que los descuentos medios que MALLA otorga a estas agencias sobre sus tarifas generales oscila en un intervalo que va desde el 10% hasta el 25%. Por su parte, MALLA presenta datos en los que el descuento medio aplicado a las agencias de publicidad se ha ido aumentando cada año hasta alcanzar el 28%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La calificación de la Dirección de Investigación.

PRIMERO.- La Dirección de Investigación eleva la propuesta descrita en el AH 24 de la presente Resolución partiendo de la definición de posición de dominio que establece en su punto 10 la Comunicación de la Comisión Europea 2009/C45/02 de 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: *“la dominación se ha definido conforme al Derecho comunitario como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”*.

Siguiendo esta definición, para analizar si una empresa dispone de una posición de dominio en el mercado de referencia, la práctica de las autoridades nacionales y comunitarias de competencia centra su análisis en determinar si la empresa en cuestión tiene una capacidad significativa de actuar de forma independiente de sus competidores, clientes, consumidores en dicho mercado.

En el presente expediente la DI distingue dos mercados de producto afectados pertenecientes al sector de la publicidad, y relacionados entre sí: el mercado de publicidad exterior y el mercado de agencias de publicidad.

En un primer análisis hay que establecer si la publicidad exterior se puede considerar un mercado de producto diferenciado, o si forma parte del mercado más amplio de la publicidad en general.

En precedentes nacionales (control de concentraciones N-003 DECAUX/HAVAS(AVENIR), N-128 MOBUR/F.HUERTA/PLANIGRAMA y N-285 MOBUR/PLANIGRAMA) el extinto Servicio de Defensa de la Competencia consideró que el mercado de la publicidad exterior constituía un único mercado de producto relevante que se diferencia del resto de medios de publicidad.

A esa misma conclusión llegó la Comisión Europea en el asunto JCDECAUX/RCS/PUBLITRANSPORT/IGT (control de concentraciones M.2529), aunque dejó abierta la posibilidad de definir mercados más reducidos, en atención a los distintos diseños o formatos de soportes reconocidos por el sector.

Por todo ello, a efectos del análisis a realizar en este expediente, la DI considera como mercado de producto relevante el mercado de publicidad exterior.

El mercado de agencias de publicidad (adquisición de publicidad) ha sido definido en algunos precedentes comunitarios (caso M.3579 WPP/Grey), en los que se ha llegado a segmentar el mercado según el tipo de soporte publicitario contratado, cuestión sobre la que la DI considera que no es necesario pronunciarse en el presente expediente, en la medida que en los concursos de publicidad habitualmente se demandan múltiples medios que son ofertados por las distintas agencias presentes en el mercado.

Respecto del mercado geográfico la DI señala que en los precedentes nacionales y comunitarios referidos anteriormente, se han definido los ámbitos geográficos relevantes de los mercados de publicidad exterior y de agencias de publicidad como de dimensión nacional, fundamentalmente porque es el nivel en el que los anunciantes suelen planear las campañas y en el que actúan muchas agencias de publicidad.

MALLA defiende que el mercado publicitario en general y, en particular el segmento de la publicidad exterior, tienen una dimensión cuanto menos nacional, poniendo como ejemplo la presencia en Baleares de JCDECAUX o Clear Channel.

PRIMERO.- No obstante la DI considera que la oferta de publicidad exterior en Baleares tiene una estructura en la que la presencia de otros operadores nacionales como los citados por MALLA está restringida a ámbitos muy concretos como los aeropuertos o los centros comerciales de una determinada cadena. Además, el porcentaje de anunciantes de publicidad exterior en Baleares que solo realizan campañas publicitarias restringidas a ese ámbito geográfico, así como el peso de un operador regional como MALLA, le permiten definir que el ámbito geográfico relevante de los mercados de publicidad exterior y de las agencias de publicidad, en el presente caso, es Baleares.

PRIMERO.- Para la DI, MALLA es el único operador de soportes de publicidad exterior que cuenta con una oferta significativa en todas las islas y en ámbitos de afluencia de la población residente. Esto le permite ofertar en sus tarifas generales distintos circuitos de vallas en Palma de Mallorca, en las distintas islas, etc., así como ofertar OPIS luminosos, anuncios en autobuses, etc.

Por este motivo, para prestar servicios a clientes finales que desean dirigir sus anuncios de publicidad exterior a una parte significativa de la población residente en algunas o todas las islas, como son las Administraciones Públicas regionales o locales, la oferta de publicidad exterior de MALLA, según la DI, se convierte en un input necesario.

A juicio de la DI, esta conclusión ha sido ratificada en el test de mercado por distintos operadores entre los que se encuentran los siguientes: Artenosa Publicidad; De Vidre Retols; Rótulos Irla; Impacte; Publitactil ; VSA Comunicación; JC Decaux; Clear Channel; TTP (Telefónica); Dos Puntos

Publicidad; Publicidad Matas; Clave de Publicidad; Cent&Ment; Di7 ; Mediaworks y Proximia Balears.

La falta de alternativas competitivas significativas en Baleares que puedan sustituir la oferta de publicidad exterior de MALLA en el periodo considerado, 2007-2009, lleva a la DI a concluir que esta entidad disfruta de una independencia de actuación significativa respecto a sus competidores, clientes y consumidores.

Y, también considera la DI que lo anterior tiene reflejo en las cuotas de mercado de publicidad exterior en Baleares del grupo MALLA, que se han situado sistemáticamente por encima del 70%, a gran distancia del resto de competidores.

Según la DI esta posición de dominio se habría mantenido por lo menos en el periodo analizado, 2007-2009, sin que en el mismo hayan existido otros competidores significativos. En particular, las barreras a la entrada que derivan de los permisos administrativos necesarios para ofertar publicidad exterior y el número de concesiones con las que contaba MALLA para gestionar publicidad exterior en este periodo, que según la información que ha aportado supone un [70-80]% del total en Baleares, han limitado la aparición de competidores.

Una vez constatada la existencia de posición de dominio de MALLA en el mercado de publicidad exterior en Baleares, la DI analiza en qué medida las conductas de MALLA pueden constituir un abuso de dicha posición de dominio. Las políticas de precios de MALLA en los mercados verticalmente relacionados de publicidad exterior y agencias de publicidad en Baleares podrían ser abusivas si las mismas sirviesen para reducir la presión competitiva de otras agencias de publicidad sobre el Grupo MALLA, especialmente en los expedientes de contratación convocados por AAPP regionales y locales en Baleares, mediante un estrechamiento de márgenes.

Según la DI, en muchos casos el Grupo MALLA está ofreciendo descuentos para publicidad exterior y/o publicidad exterior gratuita muy elevados en los expedientes de contratación de emisiones publicitarias de AAPP regionales a los que podrían acudir otras agencias de publicidad competidoras.

Estos descuentos se producirán tanto en expedientes de contratación que sólo cubren la publicidad exterior, como en expedientes de contratación que cubren múltiples modalidades publicitarias: publicidad exterior, radio, televisión, internet, etc.

Para la DI de la información aportada durante el procedimiento de incoación se desprende que algunos descuentos sobre las tarifas generales de MALLA han llegado hasta el [50-60]% (Servicio de publicidad y promoción del Consell Insular de Mallorca, año 2008) y [60-70]% (Servicio General de Publicidad del Govern Balear, año 2009), y que la publicidad gratuita ofrecida como mejora ascendió en algún caso a 1.000.000 de euros (Servicio de publicidad y promoción del Consell Insular de Mallorca, año 2008).

De esta manera, el Grupo MALLA, aprovechando su posición de dominio en el mercado de soportes de publicidad exterior en Baleares, ha presentado ofertas

irreplicables en el segmento de publicidad exterior en expedientes de contratación de AAPP regionales y locales a los que pueden concurrir agencias de publicidad competidoras.

Según la propuesta de la DI la irreplicabilidad de las ofertas de Grupo MALLA deriva del hecho de que las agencias de publicidad competidoras que desean acudir a esos concursos necesitan contratar soportes de publicidad exterior a MALLA en unas condiciones más onerosas

En consecuencia con su análisis, la Dirección de Investigación llega a la conclusión de que Malla S.A. y Publicidad Continental, S.A. son responsables de llevar a cabo conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, consistentes en presentar de forma continuada, al menos entre 2007 y 2009, un número significativo de ofertas de publicidad exterior en Baleares a clientes finales, en expedientes de contratación convocados por Administraciones Públicas de Baleares, con unos descuentos y/o publicidad gratuita que generan un estrechamiento de márgenes y una discriminación injustificada a las agencias de publicidad a las que Malla, S.A. suministra soportes de publicidad exterior y que concurren con Malla, S.A. y Publicidad Continental, S.A. en el mercado de agencias de publicidad compradoras de espacios publicitarios en Baleares.

SEGUNDO.- La posición de dominio

En la presente Resolución el Consejo de la CNC debe determinar si la conducta imputada constituye una infracción del artículo 2 de la LDC como propone la Dirección de Investigación.

Para ello, el Consejo debe, en primer lugar, valorar si de los hechos probados y acreditados en el expediente se deduce que Malla S.A. y Publicidad Continental S.A. tienen una posición de dominio en el mercado de la publicidad exterior durante el periodo considerado. Si resultase acreditada la posición de dominio, el Consejo debe dilucidar, en segundo lugar, si los hechos acreditados permiten afirmar que se ha producido el abuso de esa posición de dominio que la DI propone: esto es, la presentación de forma continuada, al menos entre 2007 y 2009, de un número significativo de ofertas de publicidad exterior en Baleares a clientes finales, especialmente en expedientes de contratación convocados por Administraciones Públicas de Baleares, con unos descuentos y/o publicidad gratuita que generan un estrechamiento de márgenes y una discriminación injustificada a las agencias de publicidad a las que Malla, S.A. suministra publicidad exterior y que concurren con Malla, S.A. y Publicidad Continental, S.A. en el mercado de agencias de publicidad (como compradoras espacios publicitarios) en Baleares.

Respecto de la posición de dominio, el Consejo, tomando en consideración la totalidad de la documentación que forma parte del expediente administrativo, incluidas las alegaciones presentadas, considera que no está suficientemente acreditado en el expediente que MALLA ostentase posición de dominio en el mercado de publicidad exterior en Baleares en el periodo de referencia.

Para llegar a esta conclusión el Consejo toma en consideración la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOUE, C372/03, 09.12.1997), que, cuando pone en conexión el concepto de mercado de referencia con los objetivos de la política comunitaria de competencia, establece que: *“posición dominante es la que permite a una empresa o grupos de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en ultimo termino, de sus consumidores. Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupos de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección.”*

El Consejo considera que MALLA, tal como se acredita en el expediente, controla una parte importante de la oferta de publicidad exterior en Baleares, pero en el mismo no está suficientemente acreditado que existan barreras de entrada a favor de MALLA que lleven a considerar que la posición de Malla no es impugnable.

Por ello, a los efectos de la acreditación de la posición de dominio, el Consejo quiere hacer una serie de precisiones relativas a determinada información que obra en el expediente.

De los cuadros elaborados por la DI a partir de datos de Infoadex y otros facilitados por MALLA, incluyendo la cifra de ventas de todo tipo de soportes de publicidad exterior en tanto que son sustitutivos entre sí, se deduce que el peso de MALLA se ha reducido en el periodo 2008-primer semestre de 2010 desde el [70-80]% al [60-70]%. Y la misma tendencia, reducción del peso de MALLA, se aprecia comparando los datos de todo el año 2010 con los de 2009.

Mas aún, la propia DI en su Propuesta de Resolución parece dar a entender que el peso es inferior, cuando al hacer el análisis de las alegaciones al PCH, manifiesta que si bien puede ser necesario la corrección de las cuotas de mercado estimadas, *esta corrección probablemente no reducirá las cuotas de mercado de MALLA por debajo del 50% en publicidad exterior en Baleares* (folio 3575).

Y si se toma en consideración el número de soportes de publicidad exterior que controla MALLA a partir de sus propias estimaciones, no refutadas en la Propuesta de Resolución, su cuota respecto a todo tipo de soportes, y sea cual sea el título en virtud del cual dispone de ellos, ya sea propiedad, arrendamiento o concesión, es el [50-60] %.

Por otra parte, desde el punto de vista de la existencia de barreras a la entrada que puedan apuntar en la dirección de favorecer el mantenimiento o el crecimiento de la parte de la oferta que controla MALLA, el Consejo valora que las consideraciones ya hechas en este Fundamento de Derecho no acreditan este extremo. La cuota de mercado de MALLA no ha crecido en los tres años objeto de este expediente y los datos disponibles tampoco permiten acreditar que haya

crecido su participación en los contratos adjudicados por las Administraciones Públicas.

Continuando con el papel de las barreras a la entrada como elementos que permiten a MALLA mantener el control sobre la oferta de publicidad exterior, en el expediente consta que los costes de inversión no son relevantes, siendo las barreras administrativas las más significativas a estos efectos. Pues bien, estas barreras administrativas, obtención de autorizaciones y concesiones, no han impedido que una empresa de ámbito nacional haya obtenido la concesión de la publicidad exterior de los aeropuertos de Baleares y otra empresa, de ámbito menor y radicada fuera de Baleares, haya sido adjudicataria de la concesión de la publicidad exterior en los autobuses de Palma de Mallorca. El que en este último caso la concesión se haya producido con posterioridad al periodo analizado no resta importancia al hecho de que ha sido posible que una nueva agencia entre en el mercado de publicidad exterior de Baleares.

Respecto a esta cuestión, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia, en 2002 y en el marco del expediente de concentración N- 285, MOBUR/PLANIGRAMA, ya citado, manifestó : *“cada vez se crean nuevos espacios de publicidad exterior. Como indica la Comisión en su Decisión en el ámbito del expediente JCDECAUX/RCS/PUBLITRANSPORT/IGT, son potencialmente infinitos los lugares o soportes en los que incorporar un mensaje publicitario, siendo constante cada nueva forma de publicidad exterior descubierta y consiguientemente desarrollada. A este respecto, considerando el segmento de mayor inversión del medio exterior, el mobiliario urbano, se puede observar como cada vez es más elevado el número de concursos convocados, siendo, junto con la publicidad en transportes, uno de los de mayor crecimiento.”* En el expediente no está suficientemente acreditado que, teniendo en cuenta el carácter dinámico de este mercado en los últimos años, las barreras de entrada administrativas en los que son sus segmentos más relevantes hayan impedido la entrada de nuevos competidores.

Caso de que se considere la existencia de un mercado de las agencias de publicidad que operan en Baleares y se presentan a concursos de las Administraciones Públicas, el análisis de barreras a la entrada lleva a conclusiones similares. En este caso el Consejo considera que tampoco está acreditada en el expediente una posición de dominio de MALLA. Los datos de concursos ganados no son determinantes para establecer un dato sobre su posición relativa en este mercado. Sin embargo, si permiten detectar que en este mercado también ha podido entrar una filial de una empresa de carácter multinacional que, en UTE con una empresa local, es la adjudicataria del concurso más importante en valor de los analizados en el expediente, hecho, que, a juicio del Consejo, evidencia que tampoco existen barreras de entrada relevantes en este mercado. Ello no es más que el reflejo de que las agencias de publicidad compiten por los clientes privados e institucionales situados en diferentes territorios, sin que se haya acreditado la existencia de barreras que les impidan penetrar en nichos concretos como podría ser el examinado.

Finalmente, tampoco está suficientemente acreditado en el expediente que los clientes de MALLA analizados, agencias de publicidad y Administraciones Públicas anunciantes, no hayan tenido capacidad de reaccionar ante el control de parte de la oferta por parte de MALLA. La información obrante en el expediente respecto de los adjudicatarios de renovaciones de concesiones, como es el caso de la publicidad exterior de los autobuses de Palma de Mallorca, y de los resultados de los concursos públicos de publicidad exterior, no apoya este tipo de planteamiento.

TERCERO.- El abuso de posición de dominio.

Es evidente que si no está acreditada la existencia de posición de dominio, es innecesario que el Consejo se pronuncie sobre si la conducta de las imputadas supone una explotación abusiva y, por lo tanto prohibida, en el marco del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En todo caso, incluso si se aceptara la existencia de esta posición de dominio por parte de MALLA en el mercado de la publicidad exterior en Baleares, de los hechos acreditados no se concluye que su conducta haya generado efectos exclusionarios en el mercado de las agencias de publicidad. No consta en la imputación un análisis exhaustivo de los concursos convocados por las Administraciones Públicas de Baleares. Pero de la información recogida en los Hechos probados por la DI se deduce que, precisamente en los concursos de mayor importe, que son aquellos en los que MALLA ha ofrecido mayores descuentos, dicha empresa no ha resultado adjudicataria. Es más, de los concursos sometidos a procedimiento abierto que se recogen en los Hechos Probados, el Grupo Malla sólo ha sido adjudicatario en tres, los de menor cuantía, de forma que en conjunto representan menos del 10% del valor total de los cinco. En estas condiciones, no se puede considerar acreditado que en el presente caso se haya producido un cierre del mercado lesivo para los consumidores.

En este sentido, en línea con las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 102 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (párrafo 23): “...*Una fuerte competencia de precios suele ser beneficiosa para los consumidores. Por lo general la Comisión sólo intervendrá con objeto de impedir el cierre anticompetitivo del mercado cuando la conducta en cuestión pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia de competidores que sean considerados tan eficaces como la empresa dominante*”.

Precisamente siguiendo dichas Orientaciones el Consejo entiende que no se ha constatado en el presente caso la concurrencia de lo previsto en los párrafos 59 y siguientes ni 75 y ss, donde se establecen los criterios para valorar una práctica abusiva de descuentos multiproducto y de pinzamiento de márgenes.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

UNICO.- Declarar, al amparo del artículo 53.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que en este expediente no ha resultado acreditada la existencia de una infracción del Artículo 2 de la citada Ley, por parte de Malla S.A. y de Publicidad Continental S.A.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a las 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