

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0617/17 ATRESMEDIA/MEDIASET

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución en el expediente S/DC/0617/17 ATRESMEDIA/MEDIASET, incoado por la Dirección de Competencia contra ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., ATRES ADVERTISING, S.L.U., MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. y PUBLIESPAÑA, S.A.U., por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	6
II. LAS PARTES	11
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO.....	13
1. Delimitación de los mercados de producto afectados	13
A) Mercado de televisión en abierto.....	14
B) Mercado de la publicidad en televisión.....	15
2. Delimitación del ámbito geográfico afectado	17
3. Características de los mercados afectados.....	19
A) Comercialización de la publicidad: Venta a coste GRP y a descuento	19
B) El sistema de comercialización mediante paquetes de canales y de pauta única.....	22
4. Estructura de los mercados afectados	23
A) Estructura de la oferta	23
B) Estructura de la demanda.....	27
IV. HECHOS ACREDITADOS	29
1. LA OFERTA COMERCIAL DE ESPACIOS PUBLICITARIOS OFRECIDA POR ATRESMEDIA Y MEDIASET.....	29
A) Oferta comercial publicitaria.....	29
a) Publicidad convencional	29
b) Publicidad especial	31
B) Ingresos publicitarios	32
C) Respuesta de los anunciantes a los requerimientos de información en relación con la oferta comercial de ATRESMEDIA y MEDIASET	34
2. CUOTAS MÍNIMAS DE INVERSIÓN PUBLICITARIA Y PENALIZACIONES EN LOS ACUERDOS FIRMADOS CON LOS ANUNCIANTES.....	36
A) Condiciones de ATRESMEDIA.....	36
B) Condiciones de MEDIASET	38
C) Respuesta de los anunciantes a los requerimientos de información en relación con la exigencia de cuotas y la existencia de penalizaciones por incumplimiento.....	38
D) Análisis de las ofertas aportadas al expediente por los anunciantes.....	40

3. SOBRE LA POLÍTICA DE REMUNERACIÓN DE ATRESMEDIA Y MEDIASET A LAS AGENCIAS DE MEDIOS: EXISTENCIA DE EXTRAPRIMAS Y DESCUENTOS POR VOLUMEN.....	42
A) Política de incentivos de ATRESMEDIA.....	42
B) Política de incentivos de MEDIASET	45
C) Sobre la cuantía de la remuneración de ATRESMEDIA y MEDIASET a las agencias de medios	48
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	56
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	56
SEGUNDO.OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA GENERAL APLICABLE.....	57
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR ...	57
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	58
4.1. Sobre las condiciones contenidas en los acuerdos entre ATRESMEDIA y MEDIASET y los anunciantes y agencias de medios de publicidad	58
4.2. Marco jurídico aplicable a los acuerdos analizados	62
4.3. Categorización de las relaciones entre MEDIASET y ATRESMEDIA con los anunciantes y agencias de medios	64
4.4. Sobre la exención automática por umbral de cuota de mercado de las empresas del acuerdo	68
4.5. Calificación de las conductas	68
4.6. Análisis de efectos.....	73
A) Características del mercado	74
B) Valoración de los efectos restrictivos de la competencia	77
C) Análisis del power ratio de los canales de televisión	83
a) Datos sobre audiencias	85
b) Datos sobre ingresos e inversión publicitaria	87
c) Resultado del análisis del power ratio	89
D) Conclusión del análisis del power ratio.....	95
4.7. Análisis de eficiencias	96
4.8. Conclusión sobre la valoración de las conductas	98
4.9. Duración de la conducta. El carácter único y continuado de la infracción	99
4.10. Análisis de culpabilidad.....	100

QUINTO. RESPUESTA AL RESTO DE LAS ALEGACIONES E INFORMES ECONÓMICOS PRESENTADOS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN	101
5.1. Sobre el mercado afectado	102
5.2. Sobre la incorrecta tipificación de la conducta.....	106
5.3. Sobre los efectos restrictivos de la competencia.....	110
A) Alegaciones de ATRESMEDIA	110
a) Sobre el efecto de la venta conjunta de publicidad.....	110
b) Sobre el cierre anticompetitivo del mercado.....	114
B) Alegaciones de MEDIASET.....	117
a) Sobre la relación entre el nivel de audiencia y la cuota en el mercado publicitario	117
b) Sobre el análisis de power ratios	118
c) Sobre la ausencia de exclusión de competidores	121
d) Falta de efectos de las conductas analizadas por no restringir la capacidad de elección de anunciantes y agencias	124
5.4. Sobre la caracterización de la interacción competitiva entre MEDIASET y ATRESMEDIA.....	127
5.5. Sobre las eficiencias de las conductas en el mercado.....	130
5.6. Sobre la muestra de anunciantes seleccionada por la Dirección de Competencia.....	132
5.7. Sobre la solicitud de terminación convencional.....	133
5.8. Sobre el acceso a determinada información contenida en el expediente	135
5.9. Alegaciones en relación con la propuesta de sanción.....	137
A) Falta de motivación en el cálculo de las sanciones propuestas.....	137
B) Sobre la infracción del principio de proporcionalidad.....	139
C) Sobre la infracción del artículo 64.1 a) LDC al declarar que uno de los mercados afectados por las conductas es el de la televisión en abierto.....	145
5.10. Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento sancionador	145
5.11. Sobre la solicitud de una cuestión prejudicial al TJUE	146
5.12. Sobre la solicitud de práctica de pruebas.....	147
5.13. Sobre la solicitud de vista	148
5.14. Sobre la solicitud de confidencialidad	148
SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	149
6.1. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo	149

6.2. Criterios para la determinación de la sanción.....150
RESUELVE 154

I. ANTECEDENTES

1. A partir de los datos públicos relativos al mercado de la publicidad televisiva en España y de los datos obtenidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) en el marco de la vigilancia de los expedientes VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO y VC/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, la Dirección de Competencia (**DC**) tuvo conocimiento de determinadas condiciones incluidas en los acuerdos de ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (ATRESMEDIA) o empresas de su grupo y MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET) o empresas de su grupo, con los diferentes anunciantes y agencias de medios en España que contratan sus servicios publicitarios, que pudieran ser constitutivas de una práctica prohibida por las normas de defensa de la competencia.
2. A la vista de lo anterior, la DC acordó, con fecha 25 de septiembre de 2017, el inicio de una **información reservada** bajo la referencia S/DC/0617/17 (folio 1).
3. Tras el periodo de informaciones previas, con fecha 21 de febrero de 2018, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), la DC acordó la **incoación de expediente sancionador** contra ATRESMEDIA, ATRES ADVERTISING, S.L.U. (ATRES ADVERTISING), MEDIASET y PUBLIESPAÑA, S.A.U. (PUBLIESPAÑA) (folios 4.887 a 4.888).
4. Con fecha 12 de marzo de 2018, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), y por motivos de eficacia administrativa, la DC acordó la **acumulación del expediente S/DC/0582/16**, iniciado por denuncia de INTERECONOMÍA CORPORACIÓN, S.A. (INTERECONOMÍA) contra ATRESMEDIA, al expediente S/DC/0617/17 (folios 5.596 a 5.598).
5. Con fecha 30 de mayo de 2018, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ANUNCIANTES remitió una encuesta de mercado realizada entre sus asociados para conocer, una vez finalizados los compromisos asumidos en su día por ATRESMEDIA y MEDIASET en relación con las concentraciones Telecinco/Cuatro y Antena 3/La Sexta, la opinión de los anunciantes en relación con la situación de competencia en el mercado y las prácticas de comercialización desarrolladas por ambos grupos (folios 7.659 a 7.822). Con

fecha 31 de mayo de 2018, se acordó la incorporación al expediente de la encuesta de mercado remitida por la citada Asociación (folio 7.656).

6. Con fecha 26 de octubre de 2018, la DC acordó ampliar el objeto del procedimiento sancionador por entender que la política de extraprimas aplicada por parte de ATRESMEDIA y MEDIASET a las agencias de medios en la contratación de publicidad en televisión podía ser constitutiva de una infracción del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE (folios 11.591 a 11.598).
7. Con fecha 26 de febrero de 2018, la DC acordó el Pliego de Concreción de Hechos que fue debidamente notificado a las partes para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas (folios 11.883 a 12.638.1).
8. Con fecha 6 de febrero de 2019, tuvieron entrada en la CNMC dos escritos de ATRESMEDIA y MEDIASET por el que dichas sociedades solicitaron el inicio de la tramitación de una terminación convencional y aportaron una propuesta de compromisos.
9. De conformidad con lo establecido en el artículo 39 del RDC, con fecha 7 de febrero de 2019, se acordó el **inicio de las actuaciones** tendentes a la **terminación convencional** del procedimiento sancionador (folio 13.358).

De conformidad con el artículo 37.1 g) de la LDC, el plazo de resolución del procedimiento sancionador quedó suspendido hasta la conclusión de la fase de terminación convencional.

10. Con fecha 18 de febrero de 2019, la DC acordó que los compromisos presentados por las empresas no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia y se otorgó un nuevo plazo para presentar nuevos compromisos que resolvieran dichos efectos (folios 13.452 a 13.455).
11. Con fecha 22 de marzo de 2019, tuvieron entrada nuevos compromisos presentados por ATRESMEDIA y MEDIASET (folios 13.826 a 13.852).

Con fecha 25 de marzo de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.4 RDC se dio traslado de los mismos a los interesados en el expediente.

12. Con fecha 29 de abril de 2019, la DC acordó que los compromisos presentados no resolvían los efectos sobre la competencia derivados de las

conductas objeto del expediente y no garantizaban suficientemente el interés público (folios 14.183 a 14.214).

La DC acordó **tener por desistidas** a ambas empresas de sus solicitudes de **terminación convencional**.

Asimismo, se acordó levantar la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, que fue acordada con el inicio del procedimiento de terminación convencional anteriormente citado. En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del RDC, el nuevo plazo máximo para resolver el expediente pasó a ser el 11 de noviembre de 2019.

13. Con fecha 8 de mayo de 2019 y 13 de abril de 2019, ATRESMEDIA y MEDIASET, respectivamente, presentaron sendos recursos contra el acuerdo de denegación de la terminación convencional de 29 de abril de 2019.

Con fecha 23 de mayo de 2019, la Sala de Competencia acordó inadmitir los recursos presentados por ATRESMEDIA (R/AJ/034/19) y MEDIASET (R/AJ/037/19).

14. La DC ha practicado los siguientes **requerimientos de información** en la fase de información reservada y durante la instrucción del expediente:

- El 23 de noviembre de 2017 y 1 de octubre de 2018, a 41 anunciantes seleccionados de entre los 100 primeros anunciantes en los canales de MEDIASET y ATRESMEDIA para que aportaran información sobre el procedimiento y condiciones de contratación de espacio televisivo en los canales de MEDIASET y ATRESMEDIA.

Las respuestas a las solicitudes de información de 23 de noviembre de 2017 tuvieron entrada en la CNMC entre los días 11 de diciembre de 2017 y 13 de febrero de 2018 y se encuentran comprendidas entre los folios 907 a 6.710.

Las respuestas a las solicitudes de información de 1 de octubre de 2018 tuvieron entrada en la CNMC entre los días 2 de octubre y 16 de noviembre de 2018 y se encuentran comprendidas entre los folios 10.515 a 11.850.

- El 26 de febrero y 13 de abril de 2018, a KANTAR MEDIA, S.A.U. (KANTAR MEDIA) para que aportara información sobre datos de audiencia y número de GRP generados por todos y cada uno de los operadores de televisión en España para el universo individuos de 4 y más años (IND 4+)

y coste/GRP 20” en el universo adultos de 16 y más años (ADULTOS +16), así como los GRP invertidos en ATRESMEDIA y MEDIASET por los 41 anunciantes seleccionados en los periodos 2014 a 2017. Las respuestas a estas solicitudes de información constan en los folios 5.208 a 5.402 y 7.624 a 7.630.

- El 26 de febrero de 2018, a 11 de las principales agencias de medios o grupos de agencias en España, seleccionadas de entre aquellas utilizadas mayoritariamente por los anunciantes elegidos, para que aportaran información sobre los mecanismos de negociación con MEDIASET y ATRESMEDIA para la fijación de su remuneración, sobre la inversión realizada por los anunciantes en ambos operadores por su mediación, así como sobre los ingresos percibidos de anunciantes y operadores de televisión.

Las respuestas a las solicitudes de información tuvieron entrada en la CNMC entre los días 7 de marzo y 26 de abril de 2018 y constan entre los folios 5.194 y 7.425.

Asimismo, con fecha 16 de julio de 2018, la Dirección de Competencia remitió una solicitud de información a las agencias de medios Arena Media Communications España, Havas Media Group, Best Option, Data Planning, Dentsu Aegis Network, Group M, Magna Global y Omnicom para que indicaran si los ingresos percibidos de los operadores de televisión retornan total o parcialmente a los anunciantes. Las respuestas a estas solicitudes tuvieron entrada en la CNMC los días 18 de julio de 2018 (folios 8.062 a 8.065), 20 de julio de 2018 (folio 8.071), 26 de julio de 2018 (folios 8.119 a 8.121 y folios 8.125 a 8.127), 27 de julio de 2018 (folios 8.131 a 8.137), 1 de agosto de 2018 (folio 8.141) y 2 de agosto de 2018 (folios 8.211 a 8.214 y 8.217).

- A ATRESMEDIA y MEDIASET los días 2 de marzo, 9 de abril, 10 de abril, 9 de mayo, 24 de julio y 1 de octubre de 2018, sobre diversas cuestiones relativas a su política comercial publicitaria e ingresos por publicidad.

Las respuestas a los citados requerimientos pueden consultarse respectivamente en los folios 5.913 a 5.914; 6.674 a 6.682; 8.010 a 8.018; 7.413 a 7.416; 7.429 a 7.448; 7.413 a 7.416; 7.604 a 7.614; 8.223 a 9.981; 10.047 a 10.354; 10.376 a 10.393; 11.080 a 11.403.

- El 24 de julio de 2018, a INFOADEX, S.A. para que aportara los ingresos publicitarios en valor para el periodo 2014 a 2017 desglosados por trimestres y por cadenas de televisión. La respuesta a este requerimiento se recibió por correo electrónico con fecha 3 de agosto de 2018 (folios 11.855 a 11.859).
- El 25 de octubre de 2018 a VEO TELEVISIÓN S.A., 13 TV S.A., TEN MEDIA S.L., REAL MADRID CLUB DE FÚTBOL, RADIO BLANCA S.A. y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISION NET TV, S.A. para que aportasen las cifras de inversión en publicidad en televisión, así como el número de GRP generados durante los años 2014 a 2017.

Las respuestas a estas solicitudes tuvieron entrada en la CNMC los días 31 de octubre de 2018 (folios 11.664 a 11.672, 11.689 a 11.691, 11.692 a 11.707), 2 de noviembre de 2018 (folios 11.708 a 11.716, 11.717 a 11.722 y 11.723 a 11.727) y 7 de noviembre de 2018 (folios 11.816 a 11.827).

15. Con fecha 28 de mayo de 2018, se cerró la fase de instrucción del procedimiento (folios 14.479 a 14.480).
16. **La propuesta de resolución** del procedimiento, junto con las alegaciones de las partes, fue elevada a la Sala de Competencia con fecha 1 de julio de 2019 (folios 16.610 y 16.611).
17. Con fecha 4 de julio de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la **remisión de información a la Comisión Europea** prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término del plazo a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 (folio 17.485).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 5 de agosto de 2019 (folios 17643 y 17644).

18. Con fecha 18 de julio de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC (folios 17562 y 17563).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 5 de agosto de 2019 (folios 17643 y 17644). El nuevo plazo para resolver el expediente pasó a ser el 10 de diciembre de 2019.

19. La Sala de Supervisión Regulatoria, en su sesión de 7 de noviembre de 2019 y al amparo del artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, emitió informe sin observaciones desde la perspectiva de la regulación sectorial.
20. Esta resolución ha sido aprobada por el Consejo en Sala de Competencia en su sesión de 12 de noviembre de 2019.

II. LAS PARTES

Son partes interesadas en el procedimiento las empresas incoadas que se relacionan a continuación; adicionalmente existen otros interesados que se especifican más adelante.

1. ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (ATRESMEDIA) y ATRES ADVERTISING, S.L.U. (ATRES ADVERTISING) (ambas, indistintamente ATRESMEDIA)

ATRESMEDIA es un grupo de comunicación audiovisual presente, principalmente, en el ámbito de la televisión en abierto, y es también uno de los principales oferentes de publicidad televisiva en España.

En la actualidad, ATRESMEDIA explota los siguientes canales de televisión de ámbito nacional¹: dos canales generalistas (Antena 3 y La Sexta) y cuatro canales temáticos (Neox, orientado al público joven y urbano; Nova, canal de ocio y estilo

¹ El número de canales licenciados por ATRESMEDIA ha cambiado a lo largo del tiempo. En el año 2013, ATRESMEDIA contaba con licencia para ocho canales de televisión de ámbito nacional de los que explotaba de manera directa siete (Antena 3, La Sexta, Neox, Nova, Nitro, Explora y La Sexta 3) y el otro canal (Gol T) estaba arrendado a Mediapro. A partir del 6 de mayo de 2014, se produjo una reducción del número de canales emitidos por algunos operadores de televisión en abierto, como consecuencia de la ejecución efectiva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012, que anulaba el acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, por el que se asignaba un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de TDT de ámbito estatal. En concreto, ATRESMEDIA pasó a emitir cuatro canales (Antena 3, La Sexta, Neox, y Nova), más Gol T. En julio de 2015, ATRESMEDIA sustituyó las emisiones del canal arrendado Gol T por el canal de televisión Mega, editado y explotado directamente por Atresmedia. El 16 de octubre de 2015, ATRESMEDIA fue adjudicataria de una licencia adicional para emitir un sexto canal de televisión en HD.

de vida, que emite espacios de salud, cocina, viajes, telenovelas y cine; Atreseries, que emite series; y Mega, que emite fundamentalmente series, acontecimientos deportivos y documentales). Estos canales de televisión se difunden en abierto a través de la plataforma de televisión digital terrestre (TDT), así como a través de diferentes plataformas de televisión de pago.

Además de la emisión de canales en TDT, ATRESMEDIA ofrece la visualización de los contenidos de sus canales a la carta en dispositivos móviles a través de la plataforma de internet denominada "Atresplayer". ATRESMEDIA también está presente en el ámbito de la radiodifusión sonora (emite las cadenas Onda Cero, Europa FM, Onda Melodía) y en el negocio de la producción audiovisual.

ATRESMEDIA comercializa su publicidad televisiva a través de su filial ATRES ADVERTISING, de la que posee el 100% del capital social.

2. MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A (MEDIASET) y PUBLIESPAÑA, S.A.U. (PUBLIESPAÑA) (ambas, indistintamente MEDIASET)

MEDIASET es un grupo de comunicación cuya actividad se centra, esencialmente, en la producción y exhibición de contenidos televisivos, y es también uno de los principales oferentes de publicidad televisiva en España.

En la actualidad, MEDIASET explota los siguientes canales de televisión de ámbito nacional²: dos canales generalistas (Telecinco y Cuatro) y cinco canales temáticos (Factoría de Ficción, dedicado a series; Boing, para público infantil; Divinity, orientado al público femenino; Energy, orientado al público masculino; y BEMAD, de carácter divulgativo). Estos canales de televisión se difunden en abierto a través de la plataforma de televisión digital terrestre (TDT), así como a través de diferentes plataformas de televisión de pago.

Además de la emisión de canales en TDT, MEDIASET cuenta con la oferta televisiva en internet a través de dos plataformas de contenidos: "Mitele", con toda la oferta de MEDIASET en directo y a la carta disponible en Internet, su app y la

² En el año 2013, MEDIASET disponía de ocho canales que explotaba de manera directa (Telecinco, Cuatro, La Siete, FDF, Boing, Divinity, Energy y Nueve). A partir del 6 de mayo de 2014, MEDIASET pasó a emitir seis canales (Telecinco, Cuatro, FDF, Divinity, Energy y Boing). El 16 de octubre de 2015, MEDIASET fue adjudicatario de una licencia adicional para emitir un séptimo canal de televisión en HD.

televisión conectada y “Mtmad”, canal de vídeos nativos para internet destinado a satisfacer el ocio audiovisual de las nuevas generaciones y sus formas de consumo.

PUBLIESPAÑA es su filial al 100%, encargada de la explotación comercial en España de los espacios publicitarios en todos los soportes.

3. OTROS INTERESADOS

La DC ha concedido la condición de interesadas a la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) (folios 5.069 a 5.077); INTERECONOMÍA CORPORACIÓN, S.A. (folios 6.683 a 6.701); RADIO BLANCA, S.A. (folios 6.683 a 6.701); la Asociación Española de Anunciantes (AEA) (folios 7.847 a 7.852); y la Asociación Española de Televisiones Digitales Terrestres (folios 8.177 a 8.179).

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

1. Delimitación de los mercados de producto afectados

Las conductas investigadas en este expediente se desarrollan en el ámbito de la publicidad en televisión, en el que están presentes tanto ATRESMEDIA como MEDIASET, que está estrechamente relacionado con el ámbito de la televisión en abierto, en el que ambas partes se encuentran igualmente presentes. Como indica la DC, las televisiones en abierto tienen dos tipos de demandantes, los espectadores que demandan contenidos atractivos y variados sin pagar por ellos, y los anunciantes, que demandan, bien directamente o indirectamente a través de las agencias de medios, espacios televisivos para colocar su publicidad y pagan por ellos.

Ambos ámbitos, la televisión en abierto y la publicidad en televisión, han sido objeto de análisis en las operaciones de concentración protagonizadas por las empresas incoadas en el presente expediente sancionador³ y deben ser analizados conjuntamente, al objeto de comprender la dinámica competitiva entre los diferentes agentes implicados en las conductas investigadas.

³ C/0230/10 TELE CINCO/CUATRO (la vigilancia de esta operación de concentración finalizó el 30 de marzo de 2017) y C/0432/12 ANTENA3/LA SEXTA (la vigilancia de esta operación de concentración continúa en proceso de resolución).

A) Mercado de televisión en abierto

En este mercado de televisión en abierto los distintos oferentes cuentan con licencias de emisión de sus canales a través de la plataforma de TDT, o alquilan capacidad de emisión a los titulares de estas licencias de TDT, y compiten entre sí por captar espectadores (audiencia), lo que indirectamente les da un rendimiento económico, al fortalecer su atractivo en el mercado de publicidad televisiva (salvo en el caso de RTVE).

La mayor parte de la audiencia de los canales de televisión en abierto proviene de su difusión a través de la plataforma de TDT. No obstante, estos canales también se emiten en las principales plataformas de televisión de pago en España. El gradual trasvase de audiencia de la TDT a las plataformas de televisión de pago que se ha producido en España en los últimos años no ha conllevado necesariamente una reducción significativa de la audiencia de los canales de televisión en abierto.

Algunos operadores de televisión en abierto han defendido tradicionalmente la existencia de un mercado de producto que comprendiera todos los servicios de televisión, incluyendo tanto la televisión en abierto como de pago ya que, si bien ambas modalidades están basadas en modelos de negocio distintos, la presión competitiva entre las mismas sería cada vez más significativa.

En los precedentes señalados, esta cuestión ya ha sido analizada y se ha concluido que nos encontramos ante mercados distintos, aunque relacionados, dado el diferente modelo de negocio principal en ambos mercados.

En televisión de pago, la principal fuente de ingresos son las cuotas de abono, por lo que estos operadores buscan maximizar el número de abonados mediante la emisión de contenidos atractivos que induzcan a los abonados a pagar por tener acceso a la plataforma de pago y no tanto la audiencia concreta de los canales que se difunden en dicha plataforma de televisión de pago. Además, en el ámbito de la televisión de pago, la publicidad tiene un papel mucho menor que la televisión en abierto, entre otras razones, porque la ausencia o menor nivel de publicidad de la televisión de pago se convierte en una importante variable diferencial para la captación o retención de abonados.

En cambio, en la televisión en abierto el espectador no tiene que hacer pago alguno por ver los canales, pero los canales suelen contener, comparativamente con los canales de televisión de pago, elevados niveles de publicidad.

En este último caso, el parámetro clave del modelo de negocio es la publicidad, que a su vez depende en gran medida de la audiencia. En este sentido, para un operador de televisión en abierto es clave la relación contractual que establece con los anunciantes (de manera directa o a través de las agencias de medios), la cual está condicionada por la capacidad del operador de televisión en abierto para atraer telespectadores. De ahí que exista un mercado estrechamente vinculado con el de la televisión en abierto que es el de la publicidad en televisión.

B) Mercado de la publicidad en televisión

La venta de espacios publicitarios también ha sido analizada en precedentes de la Unión Europea⁴ que, sin dejar cerrada la definición del mercado, han definido, en línea con los precedentes nacionales mencionados, mercados separados para la venta de espacios publicitarios en los distintos medios de comunicación (radio, televisión, medios de comunicación escritos, internet, etc.). Ello es debido a que cada soporte cumple funciones distintas desde el punto de vista del anunciante, va dirigido a un público diferente y la publicidad se comercializa de manera distinta y a precios diferentes.

En televisión, los precios son más elevados y la venta de publicidad suele realizarse a coste GRP⁵, es decir, se vende audiencia o impactos publicitarios, que se miden en tiempo real a través de los datos de un panel de hogares/potenciales espectadores que, en el mercado español, gestiona la entidad KANTAR MEDIA. En prensa escrita, o en radio, el anunciante adquiere espacios publicitarios, en general sin que el precio a pagar se encuentre vinculado a la audiencia real y efectiva generada por el espacio publicitario. En internet existen diversos modelos de fijación de precios (coste por mil impresiones, coste por clic, coste por compra, tarifa plana o combinaciones de estos modelos).

Además, el sector de la prensa escrita sufre una clara recesión que, lógicamente, dificulta su consideración como medio alternativo. La radio tampoco constituye un medio que pueda sustituir a la televisión, dada la atomización de audiencias con presencia de numerosas emisoras con cobertura local, comarcal y provincial y la

⁴ Asuntos: IV/M423 Newspaper Publishing; IV/M665 CEP Groupe de la Cité; IV/M.1401 Recoletos Unedisa; IV/M1455 Grunner+Jahr/Financial Times JV; IV/M1529 Havas Advertising/Media Planning; COMP/M2000 WPPGroup/Young & Rubicam; M3420 GIMD/Socpresse; COMP/M3579 Wpp/Grey; COMP/M3817 Wegener/PCM/JV; COMP M. 4731 GOOGLE/DOUBLE CLICK; COMP M. 7023 PUBLICIS/OMNICOM; M8861 COMCAST/SKY.

⁵ GRP (*Gross Rating Point*). Este concepto se analizará con detalle más adelante.

necesidad de recurrir a la repetición de las cuñas publicitarias para alcanzar un adecuado nivel de eficacia, así como la ausencia de sistemas de medición de la audiencia y los *targets* en tiempo real.

Actualmente, dado el creciente peso de la publicidad digital, el principal debate sobre el grado de sustituibilidad de la publicidad en los distintos medios convencionales se da entre la televisión e internet. La publicidad en televisión llega a un público masivo, lo que aporta notoriedad y credibilidad a la empresa anunciante. Por su parte, la publicidad digital permite mayor segmentación del *target* o público objetivo, pero en la red, la volatilidad de la atención es mayor, lo que reduce su cobertura.

Además, hay que tener en cuenta que el coste publicitario, superior en televisión, no genera una redirección especialmente significativa de la inversión publicitaria en televisión hacia el soporte digital, entre otras razones, por la capacidad de la televisión para generar altas coberturas de forma rápida y rentable.

De hecho, en términos de ingresos publicitarios, todavía sigue siendo la televisión el medio con un mayor peso entre los medios convencionales (40%), a pesar del peso creciente de internet, que ya representa un 29%.

No obstante lo anterior, según los datos aportados por los anunciantes consultados, prácticamente la mitad invierte en la televisión más del 60% del presupuesto dedicado a la publicidad y, para un 30% de los anunciantes, la televisión absorbe más del 70% de su presupuesto publicitario. Esto es así porque para los anunciantes de productos o servicios de consumo masivo (*Fast-moving consumer goods*) la cobertura e inmediatez de la televisión suele convertirla en un canal publicitario imprescindible.

En este sentido, aunque el auge de las nuevas tecnologías está transformando la forma de consumir contenidos audiovisuales, la televisión convencional sigue siendo hasta la fecha la pantalla principal del usuario en España.

No hay, por tanto, a juicio de esta Sala, suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda entre los distintos soportes publicitarios como para considerar que conforman un mismo mercado de producto.

Como quedó demostrado en el análisis de las operaciones de concentración nacionales mencionadas, la eliminación de la publicidad en RTVE en 2009-2010

derivó en un trasvase dirigido principalmente a otras plataformas de televisión, que vieron aumentados sus ingresos en publicidad⁶.

Asimismo, podría afirmarse que las diferencias del medio televisivo con otros medios de comunicación, como son la cobertura, impacto, rapidez, sistema de comercialización, etc., han permitido a las televisiones fijar con relativa independencia el precio y condiciones de su publicidad televisiva respecto de otros soportes publicitarios.

Dentro de este mercado de publicidad televisiva se puede plantear la posibilidad de diferenciar entre la publicidad en televisión en abierto y televisión de pago, fundamentalmente porque la publicidad en el segundo ámbito es eminentemente cualitativa y está muy vinculada a la emisión de contenidos con mucha audiencia (concretamente el fútbol).

En relación con esta cuestión, muchos de los anunciantes consultados han señalado que las políticas comerciales y las técnicas de marketing que se siguen para la publicidad en televisión de pago son muy parecidas a la de los operadores en abierto. Asimismo, hay que tener en cuenta que muchas veces un mismo operador gestiona simultáneamente publicidad de televisión en abierto y de pago.

A la vista de lo anterior, a los efectos del presente expediente, se considera que la publicidad en televisión en abierto y en televisión de pago forman parte de un mismo mercado de producto independiente de la publicidad en otros soportes. Todo ello sin perjuicio de que la presión competitiva que los operadores de televisión de pago ejercen sobre los operadores de televisión en abierto en el ámbito publicitario es limitada, dado que esta actividad no constituye la principal fuente de ingresos de los operadores de televisión de pago, por lo que su peso en este mercado es reducido. Esto también se pone de manifiesto en el hecho de que la audiencia de los canales de televisión de pago suele ser reducida y en que los mismos no tienen publicidad o el tiempo destinado a la emisión de la misma se sitúa muy por debajo de los límites legales establecidos.

2. Delimitación del ámbito geográfico afectado

Los precedentes nacionales y de la Unión Europea citados han considerado que los dos mercados de producto definidos anteriormente tienen una dimensión

⁶ De 2009 a 2010, TVE dejó de ingresar 394 millones de euros por publicidad y el resto de televisiones aumentaron sus ingresos publicitarios en 483 millones.

nacional, y ello, entre otras razones, debido al hecho de que la estrategia competitiva de los operadores debe tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias.

No obstante, hay que tener en cuenta que, dentro de estos mercados, algunos precedentes nacionales han dejado abierta la posibilidad de delimitar mercados regionales o locales según la cobertura geográfica del operador de televisión en abierto que oferta la publicidad.

En todo caso, a los efectos del presente expediente, se considera que el mercado afectado tiene dimensión nacional, dado que éste es el ámbito de actuación de las partes incoadas, sin perjuicio de que se tengan en cuenta las cuotas de mercado atribuibles a los operadores de televisión autonómicos y locales (significativamente más reducidas que las de los canales nacionales), en los dos mercados de producto considerados.

En consecuencia, los mercados relevantes afectados por las conductas investigadas en este expediente sancionador son el mercado de publicidad en televisión en España y el mercado de televisión en abierto en España.

Igualmente, teniendo en cuenta que el mercado afectado abarca todo el territorio nacional y que éste es una parte sustancial de la Unión Europea, también cabe considerar que las conductas de ATRESMEDIA y de MEDIASET investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio en el interior de la Unión Europea.

Asimismo, los principales anunciantes son compañías de carácter multinacional que fijan sus presupuestos de publicidad a nivel mundial. Estas empresas suelen lanzar sus nuevos productos al mercado prácticamente al mismo tiempo en todas las jurisdicciones y pueden negociar sus campañas a nivel de la Unión Europea, dado el carácter internacional de las agencias de medios. De hecho, algunos de los anunciantes consultados así lo han manifestado.

En este contexto, el establecimiento de cuotas de inversión publicitaria en la adquisición de publicidad y la utilización del sistema de venta empaquetada y, en particular, del *simulcast* por parte de ATRESMEDIA y de MEDIASET, puede provocar el efecto, al menos potencial, de dirigir recursos al mercado español para llegar a las audiencias de los dos principales operadores de televisión en abierto en detrimento de otros operadores no solo españoles, sino también de otros países de la Unión Europea que pudieran merecer mayor atención por ser más afines con el público objetivo del anunciante.

Adicionalmente, el anterior efecto exclusionario también incide en la demanda de contenidos audiovisuales de los terceros operadores de televisión en abierto que existen en España, en la medida que sus dificultades para rentabilizar las audiencias conseguidas con contenidos atractivos limitan de manera muy relevante la capacidad de que estos terceros operadores de televisión en abierto puedan adquirir contenidos audiovisuales atractivos, entre otros, los provenientes de otros países.

En definitiva, se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, lo que conlleva la aplicación del artículo 101 del TFUE a los efectos del presente expediente.

3. Características de los mercados afectados

A) Comercialización de la publicidad: Venta a coste GRP y a descuento

Como se ha indicado anteriormente, en el mercado de publicidad en televisión en España el producto que normalmente se vende es el impacto publicitario, es decir, audiencia, lo que tiene importantes consecuencias a la hora de valorar las características de la oferta en este mercado y, en particular, su rigidez.

Cuando los anunciantes demandan a los operadores de televisión impactos sobre un determinado grupo de población, se entiende por impacto el visionado de un anuncio o mensaje publicitario por un televidente de unas características determinadas, como por ejemplo jóvenes o amas de casa, dos *targets* habitualmente empleados en el sector.

Así un total de 100 impactos en jóvenes podría lograrse de diversas maneras, 10 jóvenes viendo un anuncio 10 veces, 100 jóvenes viendo el anuncio una vez ó 5 jóvenes viendo el anuncio 20 veces.

Para la comercialización y medición del impacto publicitario se utiliza, por lo general, el GRP, una medida homogénea del impacto de una campaña y un indicador comúnmente aceptado para realizar comparaciones entre cadenas y elaborar estadísticas del sector (la unidad de referencia es un anuncio o *spot* de 20 segundos de duración). Cada GRP adquirido garantiza un número de impactos equivalente a un 1% del universo potencial del público objetivo o target. En este sentido, cuando las televisiones venden impactos publicitarios, se utiliza la

denominación de venta a coste de GRP, frente a la modalidad de venta a descuento, en la que el anunciante adquiere espacio y no audiencia⁷.

El número de GRP que logra una campaña se obtiene de multiplicar dos factores: frecuencia y cobertura. La frecuencia mide el número de repeticiones del anuncio o mensaje comercial. La cobertura pretende conocer cuántas personas del público objetivo o *target* están siendo expuestas al mismo tiempo al medio. La cobertura suele medirse utilizando el *rating*, que es el porcentaje del universo potencial del público objetivo, esté viendo la televisión o no, que ha visto un determinado canal en el momento de emitirse el anuncio y que hay que diferenciar del *share*, que es el porcentaje del público general que está viendo la televisión en un determinado momento y que ha visto un determinado canal.

En el ejemplo anterior y suponiendo que el universo potencial alcanzable de jóvenes fuera de 100, la cobertura o *rating* sería del 10%, 100% y 5% respectivamente y el número de GRP conseguidos para un *target* de jóvenes sería de 100 en los tres casos (10x10; 100x1, 5x20). Es decir, un mismo número de GRP puede obtenerse en medios de alta cobertura con un menor número de repeticiones del anuncio (menor frecuencia), o en medios con una cobertura baja del *target*, pero con una elevada frecuencia.

Si el universo potencial fuera por el contrario de 1.000 jóvenes, entonces la cobertura alcanzada por la campaña anterior sería del 1% (10/1.000), 10% (100/1.000) y 0,5% (5/1.000) respectivamente y el número de GRP alcanzados en los tres casos sería 10, ya que ahora la audiencia es menor. Si el anunciante quisiera lograr el mismo impacto publicitario real que antes, al ser ahora el universo de *target* potencial mucho mayor, tendría que aumentar la frecuencia del anuncio, buscar franjas horarias o canales de mayor audiencia, o incrementar el número de canales en los que se emite el anuncio.

De lo anterior se deduce que la oferta en el mercado de publicidad en televisión, cuando se venden GRP es relativamente rígida, ya que los dos componentes a partir de los cuales se conforma el GRP, frecuencia y cobertura, están limitados.

⁷ Aunque esta modalidad de venta no adquiere directamente audiencia, sí busca, al igual que la modalidad de venta a coste GRP, la máxima cobertura y afinidad con los objetivos de campaña de los anunciantes. Además, el operador de televisión, al comercializar un determinado espacio a descuento, indica la audiencia estimada prevista para el mismo, si bien no se compromete a su obtención.

En cuanto a la cobertura, teniendo en cuenta que la televisión es un medio con una elevadísima penetración en la población española, con unos niveles de consumo televisivo bastante estables en la última década⁸, el rating de una cadena normalmente sólo puede aumentarse a corto plazo a costa de quitarle audiencia a otra.

En lo que respecta al otro componente, la frecuencia, existen máximos legales de número de minutos por hora que los canales de televisión pueden destinar a publicidad.

De esta forma, ante un incremento de la demanda, estos canales no pueden reaccionar aumentando su oferta de espacios publicitarios, en especial en los horarios de mayor audiencia, que, en cualquier caso, también se vería limitada en cierta medida por los efectos de la saturación publicitaria.

La mayoría de los anunciantes prefieren lograr sus objetivos de impactos de la campaña publicitaria minimizando la frecuencia y maximizando la cobertura en la medida de lo posible, si bien hay excepciones en función del tipo de producto y objetivo de la campaña. En este sentido, para lograr la máxima cobertura con la menor frecuencia lo ideal es colocar los anuncios en los canales de televisión con audiencias elevadas y en las franjas de máxima audiencia o de *prime time*⁹, de ahí que sea la franja más cara de la parrilla de los operadores.

La medida del impacto requiere, previamente, seleccionar el público objetivo de la acción publicitaria o *target* ya que cada GRP adquirido garantiza un número de impactos equivalente a un 1% del universo potencial del target.

Existen *targets* genéricos que abarcan grandes grupos de espectadores con una única característica en común¹⁰ o bien *core targets* con perfiles más definidos en función de una serie de parámetros como sexo, nivel socioeconómico, edad o tamaño de la población de residencia del público objetivo¹¹.

A partir de todo lo anterior, desde un punto de vista teórico, un anunciante que a partir de un presupuesto determinado quisiera maximizar la rentabilidad de su campaña escogería la combinación de canales, programas de televisión en los que insertar su mensaje publicitario y franjas horarias que le permitan alcanzar la

⁸ Según KANTAR MEDIA: 1996 - 214 min; 2003 - 213 min; 2011 - 239 min; 2017 - 225 min.

⁹ Por *prime time* en España se entiende el horario entre las 22hrs (a veces 20:30) y las 24 horas.

¹⁰ Entre otros: individuos >4, amas de casa, adultos >16, mujeres >16, hombres >16, niños.

¹¹ Por ejemplo, mujeres 16-54 A-MA-MM-MB en poblaciones de más de 50.000 habitantes.

cobertura y frecuencia deseadas (en general una elevada cobertura y una limitada frecuencia), así como la mayor afinidad con su público objetivo. Todo ello en un marco caracterizado, como se ha indicado, por la rigidez de la oferta.

En el mercado de la publicidad televisiva, la venta de publicidad a coste GRP es la más habitual. El anunciante determina el *target* al que quiere ir dirigido y la inversión publicitaria que destinará a un determinada campaña o el número de GRP que desea alcanzar y el operador de televisión los distribuye entre las distintas franjas horarias, garantizándole un espacio publicitario en el horario *prime time*, para alcanzar los GRP contratados, a un precio medio determinado y al margen de la contratación de determinadas opciones como posiciones preferentes dentro del bloque publicitario que quiera adquirir el anunciante.

Por otro lado, la venta de publicidad también puede realizarse a descuento, aunque se trata de una opción minoritaria. En la venta a descuento el anunciante compra espacios publicitarios concretos a las tarifas vigentes para cada período, negociándose eventualmente un descuento sobre las mismas. En este caso, el precio del mensaje publicitario es independiente de la audiencia real que consiga el mismo, soportando el anunciante el riesgo de que el programa tenga una audiencia menor de la prevista, especialmente en relación con el *target* deseado.

Se trata en general de un producto cualitativo mediante el cual se adquiere espacio en cortes publicitarios en programas concretos, o se utiliza para publicidad especial como patrocinios, emplazamiento de producto o *product placement*, o telepromoción.

B) El sistema de comercialización mediante paquetes de canales y de pauta única

Otra característica del mercado de la publicidad en televisión se refiere a la tendencia creciente a la comercialización conjunta de la oferta publicitaria de distintos canales de televisión.

Una versión reforzada de esta estrategia de comercialización conjunta de canales es el sistema de comercialización de pauta única, introducido por ATRESMEDIA en 2009-2010 y adoptado por MEDIASET a partir de 2011-2012.

El sistema de pauta única se aplica actualmente a la mayor parte de la publicidad televisiva en España al ser de obligada contratación en la comercialización conjunta

de publicidad o mediante módulos a coste GRP¹². Se trata de un factor no impuesto por la normativa vigente que limita la oferta y la capacidad de elección de los anunciantes.

Este sistema de comercialización de pauta única implica que la contratación de un *spot* convencional conlleva que el mismo se emita, simultáneamente en el tiempo, en varios canales de televisión que forman parte del módulo publicitario ofertado. Es decir, los bloques de publicidad se emiten en los canales de cada módulo al mismo tiempo y con idéntico contenido. La suma total de audiencia obtenida por la emisión de los *spots* simultáneos de un anunciante en cada módulo, para un determinado *target*, será el indicador sobre el que se calcule el número de GRP obtenidos para los que se ha acordado un determinado precio.

Con este sistema de pauta única, el precio por GRP es el mismo, con independencia del canal de televisión en el que se obtenga el impacto publicitario, y el anunciante no tiene ninguna capacidad para determinar el peso de los distintos canales a la hora de obtener GRP en cada campaña publicitaria, limitando en consecuencia la capacidad del anunciante para alcanzar los objetivos de cobertura-frecuencia deseados para su campaña, y de afinidad con el *target* deseado.

4. Estructura de los mercados afectados

A) Estructura de la oferta

En el mercado de la publicidad en televisión en España, la oferta está constituida, principalmente, por los canales de televisión emitidos por los operadores de televisión en abierto y, en menor medida, por los canales de televisión emitidos por los operadores de televisión de pago.

La televisión en abierto en España ha experimentado importantes cambios regulatorios en los últimos años que han aumentado el número de operadores en el mercado. El elemento más relevante en este sentido ha sido el impulso al desarrollo de la TDT y el cese de las emisiones mediante tecnología analógica en abril de 2010.

A pesar del incremento del número de operadores en el mercado, este se encuentra limitado legalmente, dado que para poder realizar la difusión de los canales de

¹² ATRESMEDIA lo aplica en todos sus módulos y MEDIASET lo hace en las condiciones que se expondrán más adelante.

televisión mediante el uso de ondas hertzianas (principal medio de transmisión de la televisión en abierto) es necesaria una licencia audiovisual previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA). El número de licencias disponibles viene determinado por el correspondiente Plan Técnico Nacional de Televisión, aprobado conforme a lo previsto en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

La LGCA establece asimismo determinadas limitaciones a la capacidad de emisión de la publicidad por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva. Esta Ley declara el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva a emitir mensajes publicitarios, pero limita el ejercicio de este derecho a la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. La Ley establece que para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento.

Asimismo, la Ley señala que se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de esta tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj.

En este contexto, la oferta en el mercado de la publicidad en televisión en España es rígida, ya que tanto el número de licencias audiovisuales de televisión en abierto¹³ como el número de minutos que los operadores pueden dedicar a la emisión de mensajes publicitarios se encuentran limitados. Asimismo, la capacidad de los distintos operadores de televisión para generar impactos publicitarios depende de su capacidad para atraer espectadores.

En la actualidad, la oferta en el mercado de publicidad en televisión en España está configurada por los siguientes canales:

¹³ A estos efectos, no es previsible que el número de licencias de televisión en abierto de ámbito nacional aumente en los próximos años, en la medida que las frecuencias radioeléctricas asignadas a la actividad de televisión en abierto se han reducido significativamente, como consecuencia de los sucesivos dividendos digitales, que han asignado o van a asignar un 40% de dichas frecuencias a los servicios de comunicación electrónica por móvil.

- 26 canales de TDT en abierto de ámbito nacional cuyos titulares de las licencias son: RTVE (de forma muy limitada¹⁴, 5 canales); ATRESMEDIA (6 canales); MEDIASET (7 canales); NET (Disney Channel y Paramount Channel¹⁵); VEO (Dmax y Gol TV¹⁶); 13 Televisión; Radio Blanca (DKiss); Grupo Secuoya y otros (Ten); y Real Madrid.
- Las cadenas de televisión autonómicas (públicas y privadas), con una oferta de hasta 4 canales de televisión en cada ámbito autonómico, en la medida en que parte de la publicidad que emiten es sustitutiva de la publicidad emitida por los canales de televisión de ámbito nacional por los anunciantes¹⁷.
- Un gran número de canales locales, si bien sus anunciantes suelen ser locales y no operan en el ámbito nacional
- Los canales de televisión de pago emitidos en las plataformas de televisión de pago (como Movistar+ o Vodafone TV).

La estructura de la oferta en este mercado de publicidad televisiva se puede medir en términos de ingresos publicitarios obtenidos por cada uno de los operadores de televisión en sus correspondientes canales. De acuerdo con la información publicada por INFOADEX, la estructura del mercado es la siguiente:

¹⁴ Como se ha indicado anteriormente, el artículo 7 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, impide a esta entidad obtener ingresos por la emisión de publicidad. Como excepción, este artículo permite la contratación de patrocinios culturales o deportivos de manera puntual. La contratación se lleva a cabo con la compañía que gestiona el evento que se patrocina y no directamente con RTVE. El número de GRP originados por RTVE no alcanza el 1% del total del mercado de publicidad en televisión.

¹⁵ Han contratado capacidad de emisión a NET, titular de la licencia de televisión.

¹⁶ Han contratado capacidad de emisión a VEO, titular de la licencia de televisión.

¹⁷ Aunque el ámbito de emisión individual de estos canales de televisión es inferior al nacional, el anunciante puede contratar a varios simultáneamente para obtener una cobertura territorial más amplia. Los oferentes de cobertura nacional consideran, en este supuesto, a estos canales de televisión como competidores. De hecho, la mayoría de los canales de televisión autonómicos públicos venden la publicidad nacional de forma conjunta a través de la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA). Según se puso de manifiesto en el expediente C/0230/10, se estima que en torno a un 20% de la publicidad que emiten las cadenas autonómicas compite con la emitida por las de ámbito nacional, estando destinada el resto al ámbito autonómico y local.

INVERSIÓN PUBLICITARIA EN EL MEDIO TELEVISIÓN (Millones euros y cuota de mercado)																
	2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016		2017	
	Mill. €	%														
MEDIASET	1.088,0	44,0	975,0	43,6	821,5	45,3	745,0	43,7	836,0	44,2	873,0	43,4	918,5	43,3	927,0	43,3
ATRESMEDIA	966,7	39,1	936,5	41,9	754,0	41,5	725,0	42,6	784,0	41,5	846,0	42,1	893,0	42,1	887,0	41,4
Resto TV nac abierto	74,1	3,0	65,5	2,9	68,4	3,8	68,1	4,0	81,1	4,3	86,1	4,3	100,0	4,7	117,4	5,5
Total TV nac abierto	2.128,8		1.977,0		1.643,9		1.538,1		1.701,1		1.805,1		1.911,5		1.931,4	
Total TV autonómicas	272,6	11,0	198,0	8,9	126,8	7,0	120,4	7,1	128,7	6,8	132,3	6,6	126,9	6,0	114,2	5,3
TV local	5,5	0,2	2,0	0,1	1,5	0,1	1,3	0,1	1,3	0,1	2,0	0,1	2,1	0,1	3,0	0,1
Total canales pago	65,0	2,6	60,2	2,7	43,1	2,4	43,6	2,6	59,3	3,1	71,9	3,6	81,4	3,8	94,6	4,4
TOTAL	2.471,9	100,0	2.237,2	100,0	1.815,3	100,0	1.703,4	100,0	1.890,4	100,0	2.011,3	100,0	2.121,9	100,0	2.143,2	100,0

Fuente: INFOADEX

La estructura de la oferta se puede medir, asimismo, en términos de audiencia, que es, como se ha dicho anteriormente, la variable competitiva relevante en este mercado y en términos de GRP que es la principal unidad de comercialización en este mercado.

De acuerdo con la información facilitada por KANTAR MEDIA, la estructura del mercado en términos de audiencia y de GRP es la siguiente:

GRPs 20" GENERADOS POR LOS OPERADORES DE TV Y AUDIENCIA DE LOS OPERADORES (número y cuota) (16+)																
	2014				2015				2016				2017			
	GRP 20"		AUD		GRP 20"		AUD		GRP 20"		AUD		GRP 20"		AUD	
	Nº	%	%	%												
MEDIASET	1.001.120,6	43,7	29,7	35,7	1.011.985,7	41,8	30,6	36,7	1.029.458,9	41,3	29,8	35,7	1.003.758,2	41,3	28,4	34,0
ATRESMEDIA	818.193,7	35,7	26,5	31,8	917.942,8	37,9	27,5	32,9	954.947,9	38,3	27,8	33,3	907.170,4	37,3	27,2	32,6
OTRAS PRIVADAS EN ABIERTO	176.136,1	7,7	6,7	8,0	194.448,4	8,0	7,2	8,7	222.199,8	8,9	7,8	9,3	250.064,0	10,3	9,2	11,0
AUTONÓMICAS	192.208,9	8,4	9,3	11,2	187.862,1	7,8	8,8	10,6	183.723,3	7,4	8,7	10,4	163.008,5	6,7	8,8	10,5
CANALES DE PAGO	74.218,6	3,2	6,1	7,3	80.425,6	3,3	6,7	8,1	83.060,3	3,3	6,9	8,3	87.501,8	3,6	7,6	9,1
RTVE	27.090,3	1,2	16,8		29.480,3	1,2	16,7		20.856,6	0,8	16,8		19.234,8	0,8	16,7	
Resto de cadenas			4,9	5,9			2,6	3,1			2,4	2,9			2,2	2,7
TOTAL	2.288.968,2	100,0	100,0	100,0	2.422.144,9	100,0	100,0	100,0	2.494.246,8	100,0	100,0	100,0	2.430.737,7	100,0	100,0	100,0

Fuente: Elaboración propia con base en información aportada por KANTAR MEDIA

De lo anterior se desprende que el grado de concentración de la oferta es muy elevado. Así, en 2017, los dos principales operadores del mercado, ATRESMEDIA y MEDIASET, alcanzaron una cuota conjunta del 78,6% en términos de GRP y del 84,7% en términos de inversión publicitaria, seguidos a una gran distancia del resto de competidores. En términos de audiencia la cuota conjunta en 2017 fue del 66,6% (excluida la audiencia de RTVE que apenas participa en el mercado de la publicidad). Se trata, así, de una estructura de mercado caracterizada por el predominio de dos operadores con independencia del criterio de medición del tamaño del mercado que, además, como puede apreciarse en los cuadros anteriores ha sido muy estable a lo largo de los años en términos de cuotas de ingresos, de GRPs y de audiencias.

B) Estructura de la demanda

La demanda de publicidad en televisión está constituida por los anunciantes españoles o extranjeros que, bien directamente, bien a través de un intermediario (centrales de medios o agencias de medios) desean adquirir espacios televisivos de publicidad.

Cabe señalar, de acuerdo con la información publicada por INFOADDEX, que los principales anunciantes se encuentran en sectores de producción de bienes y servicios de gran consumo y, en particular, los *Fast Moving Consumer Goods* (FMCG), que incluyen, alimentación y bebidas, belleza y salud, distribución, comunicaciones móviles y automoción.

Así, los principales anunciantes en 2017 fueron¹⁸: El Corte Inglés, Orange, Procter & Gamble, Volkswagen-Audi-Seat, L'Oreal, PSA Automóviles, Vodafone, Reckitt & Benckiser, ONCE, Coca-Cola, Renault o Nestlé. En su conjunto, los 20 primeros anunciantes representaron, de acuerdo con INFOADDEX, el 23% de la inversión publicitaria controlada.

Los anunciantes, en su mayoría, se apoyan en las agencias de medios para acudir al mercado. Las agencias de medios, habitualmente a través de contratos en exclusiva, diseñan campañas publicitarias completas para sus clientes, utilizando todos los soportes que consideren más eficaces para la venta del mensaje.

La ventaja para el anunciante de acudir al mercado con una agencia de medios radica en que ésta, como intermediaria especialista, facilita la gestión y optimiza los recursos operativos de cada empresa, aporta herramientas de medición e información y soporte estratégico en la planificación y en la toma de decisiones del *mix* de medios.

La remuneración de la agencia de medios, por su intermediación entre anunciantes y operadores de televisión, proviene de dos fuentes principales. En primer lugar, la agencia de medios obtiene del anunciante una retribución por sus servicios, en general en forma de comisión sobre la inversión neta tramitada, que suele ser de carácter mensual y se factura junto con cada campaña.

Por otra parte, las agencias de medios obtienen de los operadores de televisión unos *rappels* o *extraprimas* que, según los contratos firmados con los anunciantes,

¹⁸<http://www.infoadex.es/home/cuarto-ano-de-crecimiento-de-la-inversion-publicitaria-con-el-18-de-incremento-observado-en-2017/>

les pueden retornar a los propios anunciantes en mayor o menor medida. Así, las agencias de medios actúan implícitamente como agregadores de demanda, lo que, en principio, les situaría en una mejor posición a la hora de negociar precios de compra de espacios publicitarios en televisión para sus clientes. En todo caso, la contratación de publicidad televisiva de las agencias de medios con las televisiones siempre se produce en nombre de anunciantes concretos.

De acuerdo con información de INFOADDEX¹⁹, la inversión publicitaria en medios convencionales gestionada por las 24 principales agencias de medios representó en 2016 el 76,2% (3.188,2 millones de euros) de la inversión controlada para el total del mercado (4.185,2 millones de euros).

Las diez principales agencias, que representan alrededor del 62% de la inversión controlada, fueron²⁰: Havas Media (10,9%), Carat (9,7%), Zenith (7%), Ymedia (6,8%), OMD (6,5%), Arena (5,9%), Mediacom (4,7%), Blue 449 (4,4%), Starcom (3,5%), MEC (2,5%).

La información presentada recoge la inversión en todos los medios convencionales y no solo en televisión, pero dado que la televisión representa, como se ha indicado anteriormente, alrededor del 40% de la inversión en medios convencionales y es el principal medio, las cuotas presentadas pueden servir como referencia del grado de concentración de la demanda.

De lo expuesto anteriormente se desprende que cada anunciante, individualmente considerado, tiene una cuota de mercado reducida y que la importancia de las agencias de medios como intermediarias es muy elevada.

Aunque no se puede negar la existencia, en algunos casos, de un cierto poder de negociación de las agencias de medios frente a los operadores de televisión, esta capacidad debe ser matizada por los siguientes motivos. En primer lugar, la oferta se encuentra mucho más concentrada que la demanda, como ya se ha señalado, lo que hace difícil que esta concentración de la demanda sea un elemento suficiente como para compensar el poder de la oferta.

Hay que tener en cuenta, además, que las agencias de medios no contratan publicidad por sí mismas, sino que siempre contratan en nombre de un anunciante,

¹⁹ <https://ipmark.com/ranking-agencias-medios-2016/>

²⁰ Arena forma parte del grupo Havas Media; Mediacom y MEC forman parte de Group M junto con Mindshare y Maxus(1,4%); Starcom y Zenith forman parte del Grupo Publicis junto con Vivaki y Optimedia; Carat e Ymedia forman parte del Grupo Dentsu Aegis.

que supervisa la estrategia negociadora de la agencia de medios en relación con su campaña publicitaria y confirma o rechaza finalmente la contratación de dicha campaña.

Por otra parte, los incentivos que tienen las agencias de medios en la negociación con las televisiones no están completamente alineados con los de los anunciantes. Las agencias de medios obtienen unos ingresos de los anunciantes que muchas veces dependen del valor total de la publicidad intermediada para dicho anunciante. Asimismo, las agencias de medios obtienen de las cadenas de televisión descuentos en forma de *rappels* por volumen total intermediado en un determinado periodo, que no necesariamente se trasladan totalmente a los anunciantes. Por ello, el objetivo de las agencias de medios es maximizar el valor de la publicidad intermediada, y no tanto, en muchos casos, reducir el coste unitario de los GRP adquiridos o maximizar el número de GRP obtenidos para una campaña sobre la base de una inversión determinada.

A la vista de lo anterior, esta Sala considera que el grado de concentración de la demanda no es lo suficientemente elevado como para ejercer un poder compensatorio real frente al poder de la oferta que se deriva del elevado grado de concentración de la oferta en el mercado que cuenta con dos operadores principales en términos de GRP y de ingresos, como se ha indicado anteriormente.

IV. HECHOS ACREDITADOS

1. LA OFERTA COMERCIAL DE ESPACIOS PUBLICITARIOS OFRECIDA POR ATRESMEDIA Y MEDIASET

A) Oferta comercial publicitaria

De acuerdo con la información facilitada por ATRESMEDIA (folios 81 a 86) y MEDIASET (folios 4.548 a 4.554), ambos grupos dividen su oferta comercial publicitaria en publicidad convencional y especial.

a) Publicidad convencional

ATREMEDIA indica que ofrece cuatro tipos de productos publicitarios: i) módulos de publicidad; ii) publicidad por canales de televisión; iii) determinados productos referidos a programaciones especiales en televisión, como la Champions League; iv) un módulo referido a publicidad en televisión en el archipiélago canario.

En lo que se refiere a los **módulos de publicidad**, ATRESMEDIA ofrece los módulos ATRESMEDIA COBERTURA y ATRESMEDIA AFINIDAD.

En ambos módulos se ofrece la posibilidad de contratar, de manera conjunta, espacios publicitarios en varios canales de televisión del grupo ATRESMEDIA para su retransmisión simultánea (en pauta única) en los distintos canales que componen el módulo.

- ATRESMEDIA COBERTURA agrupa la oferta de espacios publicitarios en cuatro canales de televisión: Antena 3, Nova, Mega y Atreseries.
- ATRESMEDIA AFINIDAD agrupa los espacios publicitarios de los dos canales restantes del grupo: La Sexta y Neox.

ATRESMEDIA comercializa su publicidad mediante módulos desde el año 2012 y aplica el sistema de pauta única desde el año 2009 (folio 11090).

Por otro lado, a través de ATRESMEDIA INDEPENDIENTE se ofrece la posibilidad de contratar **publicidad por canales** de manera individualizada, en cualquiera de los seis canales de televisión del grupo para su retransmisión no simultánea en los distintos canales de televisión.

Los otros dos productos se refieren a Canarias y a programaciones especiales.

MEDIASET, por su parte, indica que ofrece la posibilidad de contratar el módulo monocadena y el módulo multicadena.

Con el **módulo monocadena**, el anunciante puede elegir el canal individual en el que desea programar sus campañas. Este módulo se puede contratar para los canales Telecinco, FDF, BEMADtv (desde mayo 2016), Cuatro, Divinity, Energy y Boing.

El **módulo multicadena**, implica la compra de espacios publicitarios en varias cadenas a la vez. Esta modalidad multicanal está compuesta por los siguientes módulos (folio 4787):

- Módulo Telecinco (hasta abril 2016): incluye los canales Telecinco + FDF + Siete.
- Módulo Telecinco (desde abril 2016): incluye los canales Telecinco + NSF (FDF+BEMADtv). La publicidad de NSF se emite en pauta única (*simulcast*) desde el año 2011 (folio 11179). El módulo se compone de diferentes pesos

de Telecinco y NSF en función del *target* de compra (85% Telecinco-15%NSF Adultos +16; 90% Telecinco-10% NSF Amas de Casa) y para un porcentaje determinado de *prime time* (40% Adultos +16; 30% Amas de Casa).

- Módulo Grupo Cuatro: incluye los canales Cuatro + Divinity + Energy. La publicidad se emite en pauta única (*simulcast*) desde el año 2012 (folio 11179). El módulo se compone de diferentes pesos en *prime time* según el *target* de compra (40% Adultos +16; 30% Amas de Casa). Durante el cuarto trimestre de 2016 y primero de 2017, se incorporó el canal TNT (fuera del *simulcast*) con diferentes pesos.
- Módulo Mediaset (desde mayo 2016): con esta modalidad se ofrecen todos los canales de Mediaset (excepto Boing) en *targets* genéricos. El módulo tiene diferentes pesos de Telecinco, NSF (con *simulcast* interno) y Grupo Cuatro (con *simulcast* interno) en función del *target* de compra (47% Telecinco-10% NSF- 43% Cuatro en Adultos +16; 55% Telecinco-10% NSF- 35% Cuatro en Amas de Casa) y para un porcentaje determinado de *prime time* (40% Adultos +16 – 30% Amas de Casa).

Además, MEDIASET indica que existe la posibilidad de contratar el **superspot**, un producto que permite la emisión de un único *spot* de forma simultánea en todas las cadenas del Grupo, excepto Boing, durante el programa "Informativos Telecinco 2".

b) Publicidad especial

ATRESMEDIA ofrece soluciones publicitarias, como la telepromoción²¹, el patrocinio²² o el emplazamiento de producto o *product placement*²³, que constituyen alternativas o complementos a la acción publicitaria convencional. Los ingresos por publicidad no convencional representaron en el período III trimestre

²¹ La comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el *atrezzo* del programa, exponen un mensaje que no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente.

²² Formato publicitario de diez segundos de duración, que mediante el patrocinio de un programa asocia el producto a la imagen y valores del mismo.

²³ Toda forma de comunicación comercial consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa.

2015-II trimestre 2017 una media del [0-10%] del total de ingresos por publicidad en televisión en España de ATRESMEDIA.

Por su parte, **MEDIASET** también ofrece la adquisición de patrocinios, telepromociones, *morphings*²⁴ y *product placement*. Los ingresos por publicidad no convencional representaron en el período III trimestre 2015-II trimestre 2017 una media del [0-10%] del total de ingresos por publicidad en televisión de MEDIASET.

Finalmente, existe una oferta comercial específica para Canarias.

B) Ingresos publicitarios

De acuerdo con la información suministrada por ambos grupos televisivos, los ingresos publicitarios obtenidos entre 2014 y 2017 por publicidad convencional a través de la venta a coste GRP y a descuento, así como por paquetes o mediante comercialización independiente de canales, son los siguientes:

ATRESMEDIA 2014-2017²⁵

Tipo de comercialización (conjunta/individual)	Módulo o canal de ATRESMEDIA	GRPs 20"					Ingresos							
		TOTAL GRPs 20" (Nº)	GRP 20" a coste (Nº)	GRP 20" a coste (%)	GRP 20" a dto. (Nº)	GRP 20" a dto. (%)	TOTAL INGRESOS (€)	TOTAL RECARGOS (€)	TOTAL INGRESOS SIN RECARGOS (€)	Ingresos venta a coste (sin Recargo P. y Cualitativos)	Ingresos venta a coste (sin Recargo) (%)	Ingresos venta a dto. (sin Recargo P. y Cualitativos)	Ingresos venta a dto. (sin Recargo) (%)	
2014														
Compra por módulos	Cobertura	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]
	Afinidad	[...]	[...]	[30-40%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[20-30%]	[...]	[0-10%]
	TOTAL VENTA MÓDULOS	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
Compra por canales	TOTAL VENTA INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[70-80%]	[...]	[20-30%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[80-90%]	[...]	[10-20%]
	TOTAL	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
2015														
Compra por módulos	Cobertura	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]
	Afinidad	[...]	[...]	[30-40%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[30-40%]	[...]	[0-10%]
	TOTAL VENTA MÓDULOS	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
Compra por canales	TOTAL VENTA INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[70-80%]	[...]	[20-30%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[70-80%]	[...]	[20-30%]
	TOTAL	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
2016														
Compra por módulos	Cobertura	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]
	Afinidad	[...]	[...]	[30-40%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[30-40%]	[...]	[0-10%]
	TOTAL VENTA MÓDULOS	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
Compra por canales	TOTAL VENTA INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[80-90%]	[...]	[10-20%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[80-90%]	[...]	[10-20%]
	TOTAL	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
2017														
Compra por módulos	Cobertura	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[60-70%]	[...]	[0-10%]
	Afinidad	[...]	[...]	[30-40%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[30-40%]	[...]	[0-10%]
	TOTAL VENTA MÓDULOS	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
Compra por canales	TOTAL VENTA INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[80-90%]	[...]	[10-20%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]
	TOTAL	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100%]	[...]	[0-10%]

²⁴ Creatividad publicitaria totalmente original, con una duración aproximada de 10", ligada a las cortinillas de transición de los programas a la publicidad.

²⁵ ATRESMEDIA ha remitido las tarifas vigentes entre el 7 de enero de 2014 y el 7 de enero de 2018 para los módulos Cobertura, Afinidad y para el módulo Independiente (folios 97-118, folios 119-137, folios 138-185 y folios 8262 a 9913). En relación con los módulos Cobertura y Afinidad, los documentos recogen las tarifas de un anuncio de 20" en función de una parrilla de programación por franjas horarias, así como los diferentes recargos aplicables. ATRESMEDIA ha facilitado los ingresos totales por publicidad convencional y los GRP generados por publicidad convencional para el universo Adultos+16 (folio 74 y 7435) en Península y Baleares en el período 2014-2017, desglosados por trimestres.

MEDIASET 2016-2018²⁶:

Tipo de comercialización (conjunta/individual)	Módulo o canal de MEDIASET	GRPs 20"					Ingresos						
		TOTAL GRPs 20" (Nº)	GRP 20" a coste (Nº)	GRP 20" a coste (%)	GRP 20" a dto. (Nº)	GRP 20" a dto. (%)	TOTAL INGRESOS (€)	TOTAL RECARGOS (€)	TOTAL INGRESOS SIN RECARGOS (€)	Ingresos venta a coste (sin Recargo P. y Cualitativos)	Ingresos venta a coste (sin Recargo) (%)	Ingresos venta a dto. (sin Recargo P. y Cualitativos)	Ingresos venta a dto. (sin Recargo) (%)
2014													
Compra por módulos	Modulo Telecinco + Modulo Cuatro	[...]	[...]	[70-80]%	[...]	[10-20]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[80-90]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Telecinco	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Cuatro	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
	TOTAL CONJUNTO	[...]	[...]	[80-90]%	[...]	[10-20]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
Compra por canales	TOTAL INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[50-60]%	[...]	[40-50]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[60-70]%	[...]	[20-30]%
	TOTAL	[...]	[...]	[80-90]%	[...]	[10-20]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
2015													
Compra por módulos	Modulo Telecinco + Modulo Cuatro	[...]	[...]	[80-90]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[80-90]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Telecinco	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Cuatro	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
	TOTAL CONJUNTO	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
Compra por canales	TOTAL INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[50-60]%	[...]	[40-50]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[70-80]%	[...]	[20-30]%
	TOTAL	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
2016													
Compra por módulos	Modulo Telecinco + Modulo Cuatro	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Telecinco	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[30-40]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Cuatro	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
	TOTAL CONJUNTO	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
Compra por canales	TOTAL INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[60-70]%	[...]	[30-40]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[60-70]%	[...]	[30-40]%
	TOTAL	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
2017													
Compra conjunta por módulos	Modulo Telecinco + Modulo Cuatro	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Telecinco	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
	Modulo Cuatro	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
	TOTAL CONJUNTO	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%
Compra por canales	TOTAL INDEPENDIENTE	[...]	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[70-80]%	[...]	[20-30]%
	TOTAL	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%	[...]	[...]	[...]	[...]	[90-100]%	[...]	[0-10]%

De la lectura de los cuadros, se desprende que en ambos grupos **existe una clara dominancia de las ventas por módulos sobre las ventas de canales independientes.**

En el caso de **ATRESMEDIA**, del cociente entre el total de la venta de módulos y el total de ventas, se obtiene que los GRP por publicidad convencional generados por la venta de los módulos COBERTURA y AFINIDAD representan, en términos de GRP, entre el **[85-95%]** y el **[90-100%]** de los GRP totales en el periodo de referencia. Análogamente, en términos de ingresos (descontados los recargos), la venta de ambos módulos representó entre el **[85-95%]** y el **[90-100%]**.

En el caso de **MEDIASET**, del cociente entre el total de la venta de módulos y el total de ventas, se obtiene que los GRP por publicidad convencional generados por la venta del módulo Telecinco, del módulo Cuatro y de la venta conjunta de los módulos Telecinco y Cuatro representan, en términos de GRP, entre el **[80-90%]** y

²⁶MEDIASET ha aportado los documentos comerciales que contienen dicha información para el periodo desde el 1 de febrero de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2018 (folios 6737-6765 y folio 8234). En estos documentos se contemplan las modalidades de venta a coste GRP y de venta a descuento. En el caso de la venta a coste GRP se indican los módulos que se ofrecen con esta modalidad (Módulo Mediaset y Módulos clásicos²⁶) (folio 6745 y 8234). Además, se establecen precios de los spots cualitativos en forma de bloques de dos o cuatro spots de 20" de duración para determinados programas en los diferentes canales de MEDIASET (folio 6746). En relación con los ingresos y los GRP generados por publicidad convencional, MEDIASET ha facilitado para el universo adultos de 16 y más años (Adultos +16) en Península y Baleares (folio 7415 y 8242).

el **[80-90%]** de los GRP totales en el periodo de referencia. En términos de ingresos (descontados los recargos), la venta de dichos módulos representó entre el **[80-90%]** y el **[80-90%]**.

Asimismo, ambos cuadros muestran **una clara dominancia de las ventas a coste GRP sobre las ventas a descuento.**

En el caso de **ATRESMEDIA**, la venta a coste GRP representa más del **[85-95%]** de los GRP generados en todos los años analizados. La venta a descuento alcanza el **[0-10%]** de los GRP en 2015, y se va reduciendo su importancia desde entonces hasta representar sólo un **[0-10%]** en 2017. En términos de ingresos (excluidos los recargos), las ventas mediante la comercialización a coste GRP suponen **más del [90-100%]**, por lo que los ingresos obtenidos por ATRESMEDIA por comercialización a descuento son casi testimoniales.

En el caso de **MEDIASET**, la venta a coste GRP representa entre el **[75-85%]** y el **[85-95%]** de los GRP generados en todos los años analizados. La venta a descuento representa entre el **[0-10%]** y el **[10-20%]** del total de GRP generados en el periodo de referencia. En términos de ingresos (excluidos los recargos), las ventas mediante la comercialización a coste GRP suponen en todos los periodos más del **[80-90%]**, representando la venta a descuento menos del **[0-10%]** en todos los periodos. Además, hay que destacar que la venta a descuento se reduce tanto en términos de GRP como en términos de ingresos a lo largo del periodo 2014 a 2017.

C) Respuesta de los anunciantes a los requerimientos de información en relación con la oferta comercial de ATRESMEDIA y MEDIASET

Todos los anunciantes seleccionados, que representan el 39% del mercado en términos de GRP, respondieron a los requerimientos de información de 23 de noviembre de 2017 y del 1 de octubre de 2018²⁷.

²⁷ Anunciante 1 (folios 2.145 a 2.152, 3.540, 4.414 a 4.419), anunciante 2 (folios 4.361 a 4.376), anunciante 3 (folios 3.830 a 3.835 y 4.157a 4.257), anunciante 4 (folios 2.319-2.323, 4.099-4.104, 4.107-4.130), anunciante 5 (folios 2.925-3.110), anunciante 6 (folios 3.871 a 3.961), anunciante 7 (folios 1.269 a 1.304), anunciante 8 (folios 3.185 a 3.226), anunciante 9 (folios 2.701 a 2.904 y 6.397 a 6.399), anunciante 10 (folios 2.175-2.185), anunciante 11 (folios 3.965 a 4.030), anunciante 12 (folios 1.664 a 1.694), anunciante 13 (folios 3.731 a 3.806), anunciante 14 (folios 3.130 a 3.182), anunciante 15 (folios 3.850 a 3.863), anunciante 16 (folios 2.329 a 2.451), anunciante 17 (folios 2.256 a 2.315), anunciante 18 (folios 3.662 a 3.713), anunciante 19 (folios 2.454 a 2.463, 4.033 a

En sus respuestas, los anunciantes confirman la existencia de los módulos y la comercialización conjunta de todos los canales por parte de los dos grandes grupos televisivos.

En relación con la paquetización, los anunciantes indican que, en general, tienen libertad para elegir entre la contratación de módulos o de canales individuales, si bien muchos coinciden en señalar que **MEDIASET y ATRESMEDIA desincentivan la compra de canales independientes estableciendo un precio más elevado** (anunciantes 1, 8, 10, 11, 12, 17, 18, 19, 21, 24, 25, 26, 28, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39)²⁸. Incluso, algunos anunciantes (anunciantes 1, 6, 9, 17, 18, 21, 24, 38 y 40) concluyen que no existe la posibilidad de contratar publicidad de manera independiente por canales siendo obligada la contratación por módulos o bien que el sistema de pauta única no permite dicha forma de contratación (anunciantes 5, 22, 24, 25, 28, 30).

En lo que respecta al **sistema de pauta única**, un gran número de anunciantes reconocen que los dos grandes operadores ofertan sus módulos empleando dicho sistema²⁹ y que restringe su capacidad para seleccionar aquellos canales que mejor se adaptan a sus necesidades. Además, varios anunciantes afirman que el sistema de pauta única conduce a una igualación en los costes de los diferentes canales (anunciantes: 2, 5, 6, 8, 9, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 29, 30, 31, 32, 35, 36 y 39).

La mayoría de anunciantes coincide en que el sistema de pauta única condiciona el peso relativo de los canales que componen el módulo, que viene determinado por la audiencia. En esos casos el anunciante no tiene capacidad de elegir el peso de cada canal en el módulo. Algunos anunciantes matizan que el operador de

4.096), anunciante 20 (folios 3.566 a 3.568), anunciante 21 (folios 907 a 921, 1.115 a 1.265), anunciante 22 (folios 3.543 a 3.562), anunciante 23 (folios 1.078 a 1.107, 4.402 a 4.410), anunciante 24 (3.364 a 3.412), anunciante 25 (folios 2.156 a 2.171, 4.261 a 4.358), anunciante 26 (folios 3.420 a 3.537), anunciante 27 (folios 957 a 1.074), anunciante 28 (folios 1.751 a 2.048), anunciante 29 (folios 1.325 a 1.623), anunciante 30 (folios 1.627 a 1.660), anunciante 31 (folios 3.572 a 3.658), anunciante 32 (folios 3.233 a 3.345, 6.668 a 6.670), anunciante 33 (folios 2.054 a 2.066), anunciante 34 (folios 2.189 a 2.252, 3.348 a 3.351), anunciante 35 (folios 2.467 a 2.573), anunciante 36 (1.701 a 1.748), anunciante 37 (2.077 a 2.121), anunciante 38 (folios 2.594 a 2.697), anunciante 39 (folios 2.908-2.922, 5.113-5.165), anunciante 40 (folios 3.839-3.849, 4.380-4.399), anunciante 41 (folio 937).

²⁸ En este sentido, el anunciante 37 puntualiza que el coste del canal independiente puede llegar a ser más de un 15% más caro, mientras que el anunciante 1 se refiere a un porcentaje superior al 30% y el anunciante 8 lo eleva hasta el 200%.

²⁹ Algunos anunciantes matizan el aspecto anterior y señalan que MEDIASET solo comercializa en pauta única el módulo Grupo Cuatro: anunciantes 21 (folio 4.710), 29 (folio 4.787) y 30 (folio 4.805).

televisión impone el peso de los canales en el módulo y que la capacidad de negociación del anunciante es muy limitada (anunciantes 8, 12, 24, 26, 29, 33).

Finalmente, la mayoría de anunciantes coinciden en señalar que ni ATRESMEDIA ni MEDIASET imponen la compra a coste GRP. No obstante, varios anunciantes (anunciantes 29, 30, 33, 34, 36, 38) indican que, a pesar de que puedan elegir libremente, **el precio de la compra a coste GRP es más competitivo que la compra a descuento**. De hecho, los anunciantes 29 y 30 indican que la compra a descuento suele ser entorno a un 40-50% más cara.

2. CUOTAS MÍNIMAS DE INVERSIÓN PUBLICITARIA Y PENALIZACIONES EN LOS ACUERDOS FIRMADOS CON LOS ANUNCIANTES

En relación con la existencia de cuotas mínimas de inversión en los contratos alcanzados con los anunciantes, así como de penalizaciones por incumplimiento de las mismas, a continuación, se resume la información aportada por ATRESMEDIA y MEDIASET.

A) Condiciones de ATRESMEDIA

En respuesta a la pregunta realizada por la DC sobre la existencia de **cuotas mínimas de inversión**, ATRESMEDIA señala que *“no establece, fija o determina ninguna inversión mínima a realizar por sus clientes en la adquisición del producto publicitario que oferta”* (folio 66).

ATRESMEDIA indica que *“cuando se negocia un acuerdo de venta de un determinado volumen de producto publicitario (expresado en “GRPs” principalmente), se establece, por ambas partes y de mutuo acuerdo, la cuota o volumen concreto de producto publicitario que, en ejecución de ese acuerdo, el cliente adquiere de Atresmedia Publicidad para la concreta campaña publicitaria que dicho cliente lleve a cabo”*.

Asimismo, ATRESMEDIA señala que *“es en el briefing³⁰ cuando el anunciante o la agencia de medios plantean a Atresmedia el escenario de cuota que quieren o*

³⁰ El anunciante o la agencia de medios se pone en contacto con el operador mediante un *briefing* en el que se ponen de manifiesto los principales objetivos de la campaña publicitaria. El *briefing* detalla variables como: el tiempo de duración de la campaña, los objetivos total televisión (definidos en términos de inversión o de GRP), la cuota de GRP que el anunciante otorgará a MEDIASET, el target de la campaña, el porcentaje de *prime time* y la forma de comunicación (publicidad convencional o especial).

necesitan para su campaña publicitaria” (folio 11087) y que las variables de las que depende la cuota finalmente negociada son **[confidencial]** (folios 11088).

Este acuerdo de cuota o volumen obedece, según ATRESMEDIA, al esquema habitual de cualquier operación de compraventa y no tiene nada que ver con el establecimiento o fijación por parte de esta empresa de cuotas mínimas de inversión.

En el documento sobre condiciones de contratación vigente desde 2017 que consta en el expediente, se señala que **[confidencial]** (folio 216).

Según ATRESMEDIA, las cuotas han sido siempre una variable de negociación en la contratación de publicidad en televisión y, en la medida en que una cuota más elevada supone mayor compromiso por parte del anunciante, esta *“puede conllevar una mejora en el precio del espacio publicitario o, en algunos casos, en el servicio que se ofrece en la gestión de su campaña”* (folio 11088).

Por su parte, en el epígrafe referido a las **penalizaciones por incumplimiento** de acuerdo comercial contenido en las condiciones de contratación citadas, se indica que en caso de incumplimiento de la cuota acordada de GRP en la propuesta comercial, se aplicarán al anunciante las penalizaciones reflejadas en el documento de recargos por incumplimiento de cuota (folio 217).

El documento de incumplimiento de cuota remitido por ATRESMEDIA (folios 239-244) señala que la cuota es **[confidencial]**. Las cadenas para el cálculo de TTV (todas las televisiones) son las del grupo ATRESMEDIA, las del grupo MEDIASET, las temáticas, las gestionadas por Pulsa, las de Movistar y las autonómicas.

ATRESMEDIA señala que la penalización por incumplimiento de cuota consiste **[confidencial]**. ATRESMEDIA indica que dicha penalización es un mecanismo habitual en la contratación, que penaliza el incumplimiento injustificado de lo pactado (folios 67-68).

Según la citada entidad, la incidencia real de esta facultad es prácticamente nula, ya que las ocasiones en las que ha ejercitado esta facultad son mínimas y excepcionales toda vez que, de modo general, *“las discrepancias con los clientes como consecuencia de sus incumplimientos (que efectivamente se producen) se resuelven siempre mediante la negociación y nuevos acuerdos”* (folio 68).

B) Condiciones de MEDIASET

MEDIASET indica que, en sus propuestas comerciales, no incluye **cuotas mínimas** de inversión publicitaria ya que, según señala, no rechaza campañas por debajo de las mismas. Además, la citada entidad indica que se trata de cuotas negociadas que se acuerdan con la agencia en el proceso de negociación.

MEDIASET puntualiza que se trata más bien de un descuento por volumen de contratación de GRP, de forma que existen diferentes precios para diferentes niveles de cuota, aunque la relación entre precio y cuota no sea directa dado que influyen otros factores tales como momento de contratación, contexto económico, etc.

No obstante lo anterior, MEDIASET indica que *“con carácter general, un mayor porcentaje de cuota puede conllevar una mejora de precio”* (folio 11177). Los factores de los que depende la cuota son, según MEDIASET, los siguientes: **[confidencial]**.

Según MEDIASET, la existencia de cuotas no impide que el anunciante pueda invertir en los canales de MEDIASET que considere oportuno. Señala que **[confidencial]** (folios 313-314).

En lo que se refiere a la existencia de **penalizaciones**, MEDIASET ha contestado que no aplica penalizaciones por incumplimiento de cuota (folio 316). No obstante, también indica que en algunas propuestas se incluyen cláusulas de penalización que, en todo caso, no se aplican, sino que se tienen en cuenta en campañas posteriores.

En todas las propuestas comerciales remitidas por los anunciantes se incluye una cláusula con la siguiente redacción:

*“En caso de incumplimiento de la cuota negociada se aplicará un **[confidencial]** de incremento en el c/GRP por cada punto de share incumplido”.*

C) Respuesta de los anunciantes a los requerimientos de información en relación con la exigencia de cuotas y la existencia de penalizaciones por incumplimiento

La mayoría de los anunciantes señalan que las negociaciones se cierran con la inclusión de **cuotas de inversión publicitaria**, ya sean exigidas por ambos

operadores de televisión (según señalan los anunciantes 1, 11, 13, 14, 21, 28, 29, 30, 31, 36), ya sean negociadas (según señalan los anunciantes 2, 4, 5, 9, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 34, 35, 37, 38, y 39).

Asimismo, varios anunciantes indican que las cuotas se fijan para cada módulo de canales y son de obligado cumplimiento. Además, han señalado que existen restricciones a la posibilidad de cambiar cuotas entre módulos, con independencia de que se cumpla la cuota de inversión publicitaria global que el anunciante deba alcanzar con el grupo de comunicación (anunciantes 34, 36, 38 y 40). Dos anunciantes (anunciantes 1 y 29) puntualizan que la fijación de cuotas se realiza para el conjunto del grupo tanto en el caso de ATRESMEDIA como de MEDIASET.

En cuanto al beneficio que reporta para el anunciante el establecimiento de cuotas en la contratación de publicidad en televisión, la gran mayoría señala que cuotas más elevadas suponen mejoras en el precio de la publicidad. No obstante, varios coinciden en que cuotas superiores tienen una incidencia positiva en otras variables como los cualitativos, el posicionamiento o la franja horaria en la que se emite (anunciantes 13, 21 y 25).

Varios anunciantes señalan que en sus negociaciones tanto con ATRESMEDIA como con MEDIASET, cada uno de ellos pone al otro como referencia para que la cadena de televisión pueda conseguir idénticas o mejores condiciones que las del otro operador (anunciantes 3, 13, 17, 18, 24, 29, 34, 38, 39 y 40).

Finalmente, algunos anunciantes han señalado que, a pesar de existir **penalizaciones por incumplimiento**, éstas no se les han aplicado (anunciantes 4, 9, 14, 15, 22, 28, 29, 31, 35), y, en todo caso, si se produjeran, se compensaría el incumplimiento en períodos posteriores (anunciantes 38, 39), se incrementarían los precios en períodos posteriores (anunciantes 11, 24, 40) o se utilizaría el incumplimiento como herramienta de negociación en periodos posteriores (anunciantes 31 y 36), todo ello en condiciones más onerosas para el anunciante.

D) Análisis de las ofertas aportadas al expediente por los anunciantes

De los 41 anunciantes seleccionados, 34 de ellos³¹ han aportado a la CNMC **ofertas aceptadas** para la contratación de publicidad televisiva en los canales o módulos de ATRESMEDIA y MEDIASET entre 2015 y 2017³².

En total, se han contabilizado 1.077 ofertas, de las que ATRESMEDIA representa en torno al 60% y MEDIASET el 40% restante.

A continuación, se muestra un cuadro que explica, a partir del análisis realizado en el expediente, el porcentaje de ofertas comerciales que establecen una cuota mínima de inversión:

Operador	Tipo de oferta	Nº	%
TOTAL de ofertas en el expediente	TOTAL ofertas	1077	100,00%
	Con cuota	1054	97,86%
	Sin cuota	23	2,14%
ATRESMEDIA	TOTAL ofertas	637	59,15%
	Con cuota	623	97,80%
	Sin cuota	14	2,20%
MEDIASET	TOTAL ofertas	440	40,85%
	Con cuota	431	97,95%
	Sin cuota	9	2,05%

En este cuadro, así como en el conjunto de ofertas recibidas se observa que, **del total de las 1.077 ofertas aportadas por los anunciantes, aproximadamente el 97,8% establecen una cuota, frente a menos del 3% que no incluyen una referencia expresa al establecimiento de la misma.** Además, la proporción de ofertas con y sin cuota preestablecida es prácticamente la misma para ambos operadores.

³¹ El resto o bien presentan información de su agencia de medios o bien señalan que no disponen de estas ofertas porque la gestión la realiza directamente la agencia.

³² Folios 2194 a 2248, folios 2370 a 2451, folios 3167 a 3182, folios 3556 a 3562, folios 3606 a 3655, folios 3378 a 3412, folios 2989 a 3106, folios 3438 a 3537, folios 1281 a 1302, folios 4424 a 4523, folios 4414 a 4419, folios 1134 a 1176, 1184 a 1235 y 1245 a 1265, folios 3683 a 3710, folios 3192 a 3225, folios 1087 a 1106, folios 2488 a 2573, folios 4380 a 4399, folios 2769 a 2904, folios 2596 a 2694, folios 3743 a 3804, folios 3257 a 3258, 3268 a 3272, 3274 a 3296, 3301 a 3303, 3321 a 3344, folios 1001 a 1070, folios 4041 a 4051, 4056 a 4064, 4071 a 4096, folios 4295 a 4358, folios 5115 a 5165, folios 3855 a 3863, folios 3974 a 4029, folios 4159 a 4257, folios 1641 a 1660, folios 1709 a 1745, folios 1348 a 1623, folios 4109 a 4130.

Por otro lado, con el fin de valorar el efecto conjunto que supone el establecimiento de cuotas de publicidad por parte de ambos grupos televisivos sobre un mismo anunciante, la DC ha realizado un cuadro resumen sobre las ofertas comerciales realizadas a los anunciantes que consta en los folios 14.551 a 14.554 (páginas 50 a 53 de la PR), que pone de manifiesto que:

- a) La suma de las cuotas de inversión publicitaria que los anunciantes debían alcanzar en el caso de MEDIASET y de ATRESMEDIA es equiparable, salvo excepciones, situándose para cada operador la cuantía más habitual de cuota en el entorno del 40-50%. **Las cuotas asignadas a los dos operadores en su conjunto superan, salvo excepciones, el 80% y se sitúan para algunos anunciantes en el entorno del 90-95%, llegando incluso al 100% en algunos casos.**
- b) **Los acuerdos establecidos entre MEDIASET y los diferentes anunciantes presentan unas condiciones similares**, de forma que la cuota más habitual en el módulo Telecinco se sitúa en el entorno del 30%-40% en 2015-2016 y alrededor del 40%-50% en 2017. En el módulo Cuatro, la cuota más habitual es del 10%-20%. De forma que la cuota conjunta entre ambos módulos se sitúa en el entorno del 40%-50%.

Los acuerdos establecidos entre ATRESMEDIA y los diferentes anunciantes presentan unas condiciones similares, de forma que la cuota más habitual del módulo Cobertura se sitúa en el entorno del 30%-40% y la del módulo Afinidad alrededor del 10%-20%, de forma que la cuota conjunta más habitual de ambos módulos se sitúa en el entorno del 40%-50%.

Se trata de una red de acuerdos homogéneos y bastante uniformes.

- c) La cuota de los anunciantes en el módulo Telecinco de MEDIASET es, generalmente y salvo excepciones, equiparable a la cuota en el módulo Cobertura de ATRESMEDIA. Lo mismo sucede entre los módulos Cuatro y Afinidad de las respectivas cadenas de televisión.
- d) Las cuotas se mantienen, en general, estables entre 2015 y 2017 e incluso crecientes a pesar de que, como se ha visto anteriormente, las audiencias en estas cadenas de televisión siguen una tendencia a la baja.

En definitiva, a pesar de las declaraciones de algunos de los anunciantes en el sentido de que no se exigen cuotas de inversión (negociadas o no) por parte de ATRESMEDIA o de MEDIASET, **las ofertas obrantes en el expediente revelan**

el establecimiento de cuotas de inversión en los términos señalados en los párrafos anteriores que implican un elevado compromiso de inversión (en euros o GRP) por parte de los anunciantes en ambos operadores.

3. SOBRE LA POLÍTICA DE REMUNERACIÓN DE ATRESMEDIA Y MEDIASET A LAS AGENCIAS DE MEDIOS: EXISTENCIA DE EXTRAPRIMAS Y DESCUENTOS POR VOLUMEN

ATRESMEDIA y MEDIASET conceden extraprimas y descuentos a las agencias de medios cuando cumplen con los objetivos fijados por cada grupo televisivo.

Las agencias de medios han confirmado la política de remuneración de estos dos operadores de televisión y las variables en torno a las cuales se articula.

Constan en el expediente las condiciones para la obtención y el pago de extraprimas así como sus importes, información facilitada por ATRESMEDIA y MEDIASET y por las propias agencias de medios.

Algunas agencias han señalado que una parte de los ingresos percibidos de los operadores de televisión por su labor de intermediación retornan en diferentes cuantías y proporciones a algunos de los anunciantes, en virtud de los contratos realizados.

Se analizan a continuación las políticas de incentivos de cada uno de los grupos televisivos.

A) Política de incentivos de ATRESMEDIA

De acuerdo con la información facilitada por ATRESMEDIA, la política de remuneración a las agencias de medios en el periodo 2015 a 2017 está organizada en torno a cada uno de los módulos de publicidad que comercializa y se realiza de forma anual. ATRESMEDIA COBERTURA y ATRESMEDIA AFINIDAD disponen de una política diferenciada. Por su parte, a ATRESMEDIA INDEPENDIENTE se le aplica la de los otros módulos en función del canal contratado (folios 69-73; 281-299; 7441-7443).

ATRESMEDIA indica que, para cada módulo, la retribución que abona eventualmente a las distintas agencias de medios en concepto de extraprima o incentivo, se calcula de forma individualizada para cada una de ellas y se basa en un **sistema de incentivos convergentes asociados a tres variables**

económicas: i) cuota asignada; ii) precio pagado por la agencia de medios a ATRESMEDIA; iii) facturación global correspondiente a un periodo anual.

Este sistema de incentivos se organiza en torno a un escalado de objetivos para cada una de las variables, que era fijo hasta 2016 y que es determinado de común acuerdo entre ATRESMEDIA y cada agencia al inicio de la campaña a partir de 2017³³. A través de los escalados, ATRESMEDIA establece expectativas de nivel de cumplimiento de objetivos de cada agencia de medios y determina con ello si, de acuerdo con lo pactado, le corresponde o no, en cada caso, percibir un incentivo en concepto de extraprima (folio 70).

En todos los casos, **el valor concreto de la extraprima se obtiene de multiplicar la suma de los descuentos correspondientes a los tres tipos de incentivo tomando en consideración asimismo los imponderables relativos al negocio de la publicidad por el volumen de inversión total gestionado por la agencia de medios con ATRESMEDIA por la venta de espacios publicitarios en televisión en un año** (folio 7431).

ATRESMEDIA ha remitido el escalado de tipos para las tres variables en los tres años analizados (folios 281 a 299), el cuarto trimestre de 2013 y el año 2014 (folios 11.098 a 11.134). En relación con el año 2017, la información se limita a los escalados aplicados a las principales agencias de medios con las que ATRESMEDIA PUBLICIDAD trabaja (Group M, OMD, Publicis y Havas).

Cabe señalar, en relación con los escalados, que no existen contratos firmados entre ATRESMEDIA y las diferentes agencias. Así lo han señalado, en particular, DATA PLANNING, OMNICOM o DENTSU. Lo que las agencias de medios han enviado, en este contexto, son los correos electrónicos o las cartas remitidas por ATRESMEDIA en los que se indican o adjuntan los distintos escalados (folios 6.078-6.091; 6.106-6.109; 6.514-6.532; 6.576-6.583; 6.593-6.610; 6.786-6.861; 7.094-7.117; 7.357-7.372; 7.479-7.494).

En los años 2015 y 2016 el escalado es idéntico para todas las agencias, en tanto que, en 2017, existen ligeras diferencias entre agencias³⁴.

³³ Para la determinación de la cuantía de la extraprima, se tiene en cuenta, según ATRESMEDIA, **[confidencial]**.

³⁴ En el caso de la agencia HAVAS, se incorpora una condición en el apartado de observaciones para los dos módulos que no se incluye para otras agencias (folios 7492, 7494). En las condiciones, se indica lo siguiente: **[confidencial]**.

Tras el análisis realizado por la DC que consta en los folios 14.557 a 14.562 (párrafos 236 a 249 de la PR) sobre las diferentes variables que dan lugar a la extraprima a pagar a los anunciantes, se puede concluir que la condición para conceder la extraprima convencional a una agencia de medios es que:

- Destine una **proporción del gasto en publicidad de su cartera de clientes en ATRESMEDIA** (incentivo cuota asignada analizada en los párrafos 237 a 240 de la PR).
- Se incremente el **precio que los clientes de la agencia pagan por los anuncios en ATRESMEDIA** (incentivo precio pagado analizado en los párrafos 241 a 244 de la PR)
- Se incremente la **facturación que la agencia de medios proporciona a ATRESMEDIA** (incentivo facturación analizado en los párrafos 245 a 247 de la PR).

Cada uno de **los distintos incentivos convencionales son independientes y agregables** si se cumplen las condiciones determinadas en cada uno de ellos. Es decir, el incumplimiento de algún objetivo no afecta al resto.

Existen adicionalmente **bonificaciones especiales** que se conceden por la inversión de determinados clientes, por la inclusión de nuevos clientes a la cartera de ATRESMEDIA o por incrementos de cuota absolutos. Estos descuentos adicionales son independientes y en ningún caso alteran la cuantía que percibe la agencia por los *rappels* convencionales (se analizan en los párrafos 248 y 249 de la PR).

La **cuantía del incentivo a pagar por ATRESMEDIA a la agencia se obtiene en los tres casos sobre la base de la “inversión en publicidad gestionada por la agencia de medios” con ATRESMEDIA** a lo largo de un año (folio 11092).

De este modo, el incentivo máximo que pudo obtener una agencia en 2015 y 2016 fue del **[10-20%]** sobre el gasto de la cartera de clientes de esa agencia en ATRESMEDIA:

EXTRATIPOS MÁXIMOS OFRECIDOS POR ATRESMEDIA EN 2015 Y 2016				
Extratipos Máximos Incentivo Cuota				
<i>Target</i>	2015		2016	
	Módulo Cobertura	Módulo Afinidad	Módulo Cobertura	Módulo Afinidad
<i>Adultos + Jóvenes</i>	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
<i>Amas casa + Mujeres</i>	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Extratipos Máximos Incentivo Precio pagado				
<i>Target</i>	2015		2016	
	Módulo Cobertura	Módulo Afinidad	Módulo Cobertura	Módulo Afinidad
<i>Adultos + Jóvenes</i>	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
<i>Amas casa + Mujeres</i>	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Extratipos Máximos Incentivo Facturación Asignada				
<i>Todos los targets</i>	2015		2016	
	Módulo Cobertura	Módulo Afinidad	Módulo Cobertura	Módulo Afinidad
	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Total Extrats. Máxs. por Módulo	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Total Extratipos máximos	[10-20]%		[10-20]%	

Según ATRESMEDIA, entre el **[85-95%]** de la publicidad comercializada por ella se obtiene por intermediación del conjunto de agencias de medios (folio 11092).

B) Política de incentivos de MEDIASET

MEDIASET ha remitido una descripción de los incentivos recogidos en las políticas de remuneración en 2015, 2016 y 2017 (folios 323-333) así como las condiciones aplicadas a las 6 principales agencias de medios para los módulos TELECINCO y CUATRO en 2015 y 2016. Se trata de las agencias DENTSU (folios 334-343; 401-410; 467-474), GROUP M (folios 344-358; 411-425; 475-483; 529-537), HAVAS (359-369; 426-436; 484-493; 538-547), OMNICOM (folios 370-379; 437-446; 494-

501; 548-554), VIVAKI (Publicis) (folios 380-390; 447-456; 502-512; 555-564) e YMEDIA (folios 391-400; 457-466; 513-520; 565-574).

A principios del año 2015, PUBLIESPAÑA firmó con cada agencia de medios dos contratos, uno para cada módulo, que tienen por objeto regular los incentivos económicos que aplicará en función del volumen y composición de la publicidad que la agencia de medios le contrate en cada momento. Tomando como ejemplo el caso de OMNICOM, se observa que el contrato tiene una duración anual prorrogable automáticamente por iguales períodos salvo denuncia de las partes (entre otros, folios 5.989-5.992). En la práctica este contrato, en esencia, ha sido prorrogado al menos hasta 2017 (folios 6020-6059).

En la segunda estipulación del contrato se incluyen los siguientes incentivos para las agencias de medios:

- **Incentivo por facturación anual: [confidencial].**
- **Incentivo táctico: [confidencial].**
- **Incentivo por captación de clientes: [confidencial].**
- **Incentivo por cuota: [confidencial].**
- **Otros:** Cualquier otro que pueda determinar PUBLIESPAÑA.
- **Incentivo financiero: [confidencial].**

Adicionalmente, y aparentemente fuera del contrato de referencia, MEDIASET y las agencias acuerdan un incentivo adicional denominado **Incentivo “Cartera de Clientes Estratégicos”**, [confidencial].

Con independencia de que exista un contrato distinto para cada módulo, todos los **incentivos se calculan en forma de porcentajes sobre el importe económico al que ascienda el volumen de publicidad contratado por la agencia con todo el grupo MEDIASET**. Así aparece indicado en los contratos que alcanza MEDIASET con sus agencias de medios: *“Estos incentivos, que podrán ser de variada naturaleza, cuantía y periodo de devengo, se calcularán en forma de porcentajes sobre el importe económico al que ascienda el volumen de publicidad contratado a PUBLIESPAÑA”* (folio 6.437).

Como anexos al contrato³⁵, se incluyen cuatro documentos, que recogen las condiciones específicas aplicadas a cada agencia. Estos documentos son idénticos para todas las agencias, aunque las cuantías concretas de incentivo, los escalados y tipos, así como la base de facturación varían para cada una de ellas.

Con posterioridad, a principios del año siguiente, se añaden al contrato dos nuevos anexos:

“ANEXO V REGULARIZACION DEL RAPPEL CORRESPONDIENTE A TODO EL EJERCICIO”: Se detallan los tipos de incentivo alcanzados en cada categoría con carácter anual, resultado de proceder a la regularización de las condiciones/objetivos trimestrales del año, presentados por Publiespaña. Existe una regularización distinta para cada uno de los módulos Telecinco y Grupo Cuatro en 2015 y 2016, así como una única en 2017.

“ANEXO VI REGULARIZACION POR CONDICIONES CLIENTES ESTRATÉGICOS DEL RAPPEL CORRESPONDIENTE A TODO EL EJERCICIO”: Se recoge el valor de las remuneraciones de carácter anual, resultado de proceder a la regularización de las condiciones clientes estratégicos del año anterior.

A partir de estas características comunes, la política de remuneración de todas las agencias de medios es en esencia muy homogénea, aunque se apliquen a unas u otras distintos umbrales o tipos de retribución.

En los folios 14.566 a 14.572 (párrafos 261 a 265 de la PR), consta un análisis de los incentivos fijados por MEDIASET, del que se puede concluir que la condición para otorgar la extraprima a una agencia de medios es que:

- **La agencia contrate en uno los módulos de MEDIASET (o en el conjunto del grupo) una cuota determinada de GRP respecto del total de la cartera de anunciantes de la agencia o una parte de ellos:** Incentivo cuota en 2015, incentivo “Cartera de clientes estratégicos” en 2015, incentivo

³⁵ Todos los anexos de regularización de *rappel* tienen el mismo formato e incluyen el tipo aplicable por objetivo alcanzado para cada uno de los incentivos. Así, OMNICOM suministra los anexos para 2015 (folios 6001-6003; 6016-6018), 2016 (folios 6037-6039; 6046-6048) y 2017 (folios 6054-6058). DENTSU facilita los anexos para 2015 (folios 6165-6167; 6181-6183), 2016 (folios 6193-6198; 6203-6207) y 2017 (6221-6225). GROUP M remite los anexos para 2015 (6449-6456; 6471-6478), 2016 (folios 6485-6490; 6497-6502) y 2017 (6512). DATA PLANNING envía los anexos de 2015 (folio 5426), 2016 (5434-5438) y 2017 (folio 5444). PUBLICIS remite los anexos de 2015 (folios 6636; 6623), 2016 (folios 6655; 6646) y 2017 (folios 6662; 6656-6657).

táctico por cuota de GRP en 2016 y 2017 e incentivo táctico por cuota de GRP en adultos en 2016.

- Se alcance un **determinado volumen de inversión en alguno de los módulos**: Incentivo por captación de clientes 2015 e incentivo “Cartera de clientes estratégicos” en 2016
- Que se incremente **la facturación que la agencia de medios proporciona a MEDIASET** (resto de incentivos).
- Una **combinación de los anteriores** (Incentivo “Cartera de clientes estratégicos” en 2017).

Cada uno de los distintos **incentivos son independientes y agregables** si se cumplen las condiciones determinadas en cada uno de ellos. Es decir, el incumplimiento de algún objetivo no afecta al resto.

La **cuantía del incentivo a pagar por MEDIASET a la agencia de medios se obtiene en todos los casos sobre la base de la facturación total que la agencia de medios proporciona a MEDIASET** a lo largo de un año o cada trimestre, con excepción del incentivo por cartera de clientes estratégicos y el incentivo por captación de clientes. En estos dos casos la remuneración o *rappel* que corresponda en cada caso se aplica a volumen de facturación de los clientes estratégicos y al volumen de facturación de los clientes captados respectivamente.

Cada agencia tiene un escalado propio y, en ocasiones, objetivos singulares, pero **todos los sistemas de retribución por extraprimas siguen un mismo patrón.**

El **[85-95%]** de la facturación de MEDIASET se obtiene a través de la **intermediación del conjunto de agencias de medios** (folio 317).

C) Sobre la cuantía de la remuneración de ATRESMEDIA y MEDIASET a las agencias de medios

De acuerdo con la información facilitada por **ATRESMEDIA**, la remuneración otorgada a las agencias de medios en el período 2015-2017 queda reflejada en el siguiente cuadro (folio 7434):

REMUNERACIÓN AGENCIAS DE MEDIOS 2015-2017 (euros y porcentaje)				
2015				
Agencia de Medios	Base Rappel	Tipo de Rappel aplicado (%)	Rappel	Rappel agencia sobre TOTAL Atresmedia (%)
GRUPO HAVAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GRUPO VIVAKI - PUBLICIS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GRUPO AEGIS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MAGNA GLOBAL	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
YMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GROUPM	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
OMNICOM MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
EQUIMEDIA XL, S.A.	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GESMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
AVANT MEDIA PLANNER	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
Subtotal 10	791.859.585,35	3,89%	30.776.641,54	98,32%
BEST OPTION	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IRIS MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
DATA PLANNING	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
RODRIGO Y ASOCIADOS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MEDIA WORKS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
SHARE MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IDEONOMÍA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ESTRATEGIA DE MEDIOS DE ANDALUCIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ENTUSIASMO Y MUCHO VALOR	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
JUAN JOSÉ FUENTES TABARES, S.L	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ATLANTIS PUBLICIDAD	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
SOPORTE Y MEDIOS COMUNIC.CANAR	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
NEGOCIACIÓN Y COMPRA	-	-	-	-
ORGANIZACIÓN Y HABILIDADES MULTIMEDIA	-	-	-	-
OPORTUNIDADES CANARIAS	-	-	-	-
DAR2 MEDIA CANARIAS	-	-	-	-
22 GRADOS DE MEDIA S.L.	-	-	-	-
HELLO MEDIA	-	-	-	-
GRUPO VERITAS	-	-	-	-
MEDIA PARTNER VENTURES	-	-	-	-
MEDIALOG	-	-	-	-
SOLUTIONS FOR MEDIA ADVERTISING	-	-	-	-
M&C SAATCHI MADRID, S.L	-	-	-	-
Resto	[...]	[0-10]%	[...]	[0-5]%
TOTAL	807.317.511,16	3,88%	31.301.918,05	100,00%

Fuente: elaboración propia con base en información facilitada por ATRESMEDIA

REMUNERACIÓN AGENCIAS DE MEDIOS 2015-2017 (euros y porcentaje)				
2016				
Agencia de Medios	Base Rappel	Tipo de Rappel aplicado (%)	Rappel	Rappel agencia sobre TOTAL Atresmedia (%)
GRUPO HAVAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GRUPO VIVAKI - PUBLICIS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GRUPO AEGIS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MAGNA GLOBAL	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
YMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GROUPM	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
OMNICOM MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
EQUIMEDIA XL, S.A.	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GESMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
AVANT MEDIA PLANNER	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
Subtotal 10	829.908.393,45	4,20%	34.884.414,22	98,57%
BEST OPTION	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IRIS MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
DATA PLANNING	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
RODRIGO Y ASOCIADOS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MEDIA WORKS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
SHARE MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IDEONOMÍA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ESTRATEGIA DE MEDIOS DE ANDALUCIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ENTUSIASMO Y MUCHO VALOR	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
JUAN JOSÉ FUENTES TABARES, S.L	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ATLANTIS PUBLICIDAD	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
SOPORTE Y MEDIOS COMUNIC.CANAR	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
NEGOCIACIÓN Y COMPRA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ORGANIZACIÓN Y HABILIDADES MULTIMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
OPORTUNIDADES CANARIAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
DAR2 MEDIA CANARIAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
22 GRADOS DE MEDIA S.L.	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
HELLO MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GRUPO VERITAS	-	-	-	-
MEDIA PARTNER VENTURES	-	-	-	-
MEDIALOG	-	-	-	-
SOLUTIONS FOR MEDIA ADVERTISING	-	-	-	-
M&C SAATCHI MADRID, S.L	-	-	-	-
Resto	[...]	[0-10]%	[...]	[0-5]%
TOTAL	844.887.079,74	4,19%	35.391.952,99	98,58%

REMUNERACIÓN AGENCIAS DE MEDIOS 2015-2017 (euros y porcentaje)				
2017				
Agencia de Medios	Base Rappel	Tipo de Rappel aplicado (%)	Rappel	Rappel agencia sobre TOTAL Atresmedia (%)
GRUPO HAVAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GRUPO VIVAKI - PUBLICIS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GRUPO AEGIS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MAGNA GLOBAL	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
YMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GROUPM	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
OMNICOM MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
EQUIMEDIA XL, S.A.	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GESMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
AVANT MEDIA PLANNER	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
Subtotal 10	813.260.750,76	4,14%	33.676.643,96	97,86%
BEST OPTION	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IRIS MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
DATA PLANNING	-	-	-	-
RODRIGO Y ASOCIADOS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MEDIA WORKS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
SHARE MEDIA	-	-	-	-
IDEONOMÍA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ESTRATEGIA DE MEDIOS DE ANDALUCIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ENTUSIASMO Y MUCHO VALOR	-	-	-	-
JUAN JOSÉ FUENTES TABARES, S.L	-	-	-	-
ATLANTIS PUBLICIDAD	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
SOPORTE Y MEDIOS COMUNIC.CANAR	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
NEGOCIACIÓN Y COMPRA	-	-	-	-
ORGANIZACIÓN Y HABILIDADES MULTIMEDIA	-	-	-	-
OPORTUNIDADES CANARIAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
DAR2 MEDIA CANARIAS	-	-	-	-
22 GRADOS DE MEDIA S.L.	[...]	[...]	[...]	[...]
HELLO MEDIA	[...]	[...]	[...]	[...]
GRUPO VERITAS	[...]	[...]	[...]	[...]
MEDIA PARTNER VENTURES	[...]	[...]	[...]	[...]
MEDIALOG	[...]	[...]	[...]	[...]
SOLUTIONS FOR MEDIA ADVERTISING	[...]	[...]	[...]	[...]
M&C SAATCHI MADRID, S.L	[...]	[...]	[...]	[...]
Resto	[...]	[0-10]%	[...]	[0-5]%
TOTAL	834.344.860,73	4,12%	34.411.580,63	97,89%

Por su parte, **MEDIASET** ha remitido la cuantía de la remuneración obtenida por las distintas agencias de medios en España en el período 2015-2017 desglosada por tipo de incentivo (folio 7414, 11403).

REMUNERACIÓN AGENCIAS DE MEDIOS 2015-2017 (euros y porcentaje)				
2015				
Agencia de Medios	Inversión gestionada con MEDIASET (€)	Tipo de Rappel aplicado (%)	Rappel (€)	Rappel agencia sobre TOTAL Mediaset (%)
AEGIS NETWORK IBERIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
CARAT	-	-	-	-
DATA PLANNING	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
EQUUMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GESMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GROUPM	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
HAVAS MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IDEONOMIA	-	-	-	-
MAGNA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MEDIAEDGE CIA MEDITERRANEA	-	-	-	-
MEDITERRANEA	-	-	-	-
N & C	-	-	-	-
OMNICOM MEDIA GROUP	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ORION	-	-	-	-
PUBLICIS MEDIA (SIN VERITAS)	-	-	-	-
VERITAS	-	-	-	-
VIVAKI	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
YMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
Subtotal	812.396.859,08	3,27%	26.571.883,33	98,10%
Resto	[...]	[0-10]%	[...]	1,90%
TOTAL	828.429.068,01	3,27%	27.087.185,08	100%

Fuente: elaboración propia con base en información facilitada por MEDIASET

REMUNERACIÓN AGENCIAS DE MEDIOS 2015-2017 (euros y porcentaje)				
2016				
Agencia de Medios	Inversión gestionada con MEDIASET (€)	Tipo de Rappel aplicado (%)	Rappel (€)	Rappel agencia sobre TOTAL Mediaset (%)
AEGIS NETWORK IBERIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
CARAT	-	-	-	-
DATA PLANNING	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
EQUUMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GESMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GROUPM	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
HAVAS MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IDEONOMIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MAGNA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MEDIAEDGE CIA MEDITERRANEA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MEDITERRANEA	-	-	-	-
N & C	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
OMNICOM MEDIA GROUP	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ORION	-	-	-	-
PUBLICIS MEDIA (SIN VERITAS)	-	-	-	-
VERITAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
VIVAKI	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
YMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
Subtotal	869.867.706,01	3,47%	30.177.605,74	97,87%
Resto	[...]	[0-10]%	[...]	2,13%
TOTAL	883.691.820,53	3,49%	30.833.796,47	100%

Fuente: elaboración propia con base en información facilitada por MEDIASET

REMUNERACIÓN AGENCIAS DE MEDIOS 2015-2017 (euros y porcentaje)				
2017				
Agencia de Medios	Inversión gestionada con MEDIASET (€)	Tipo de Rappel aplicado (%)	Rappel (€)	Rappel agencia sobre TOTAL Mediaset (%)
AEGIS NETWORK IBERIA	-	-	-	-
CARAT	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
DATA PLANNING	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
EQUUMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GESMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
GROUPM	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
HAVAS MEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
IDEONOMIA	-	-	-	-
MAGNA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
MEDIAEDGE CIA MEDITERRANEA	-	-	-	-
MEDITERRANEA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
N & C	-	-	-	-
OMNICOM MEDIA GROUP	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
ORION	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
PUBLICIS MEDIA (SIN VERITAS)	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
VERITAS	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
VIVAKI	-	-	-	-
YMEDIA	[...]	[0-10]%	[...]	[...]
Subtotal	882.758.984,41	3,74%	33.055.151,49	99,02%
Resto	[...]	[0-10]%	[...]	0,98%
TOTAL	899.459.539,69	3,71%	33.382.419,19	100%

Fuente: elaboración propia con base en información facilitada por MEDIASET

Finalmente, las **agencias de medios** consultadas han remitido, en sus repuestas a los requerimientos de información de la Dirección de Competencia, los ingresos procedentes de ATRESMEDIA y MEDIASET y de los anunciantes en contraprestación por su labor de intermediación.

A continuación, se presentan los ingresos procedentes de los dos operadores de televisión y de los anunciantes para cada una de las agencias de medios, según información facilitada por estas agencias. Cabe señalar que Group M incorpora Mindshare que forma parte del grupo y Havas Media incluye Arena, del mismo grupo.

INGRESOS AGENCIAS DE MEDIOS PROCEDENTES DE ATRESMEDIA/MEDIASET Y ANUNCIANTES								
	2015	2016	2017	TOTAL	2015	2016	2017	TOTAL
	PUBLICIS (folios 6562-6565)				OMNICOM (folios 5923-5925)			
INVERSIÓN Med+Atres (1) = (2) + (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos anunciantes (4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos Med+Atres* (5) = 6 + 7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (6)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (7)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(1)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(6)/(2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(7)/(3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

INGRESOS AGENCIAS DE MEDIOS PROCEDENTES DE ATRESMEDIA/MEDIASET Y ANUNCIANTES								
	2015	2016	2017	TOTAL	2015	2016	2017	TOTAL
	BEST OPTION MEDIA (folios 5535; 6768)				HAVAS MEDIA (folios 7295-7297)			
INVERSIÓN Med+Atres (1) = (2) + (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos anunciantes (4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos Med+Atres* (5) = 6 + 7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (6)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (7)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(1)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(6)/(2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(7)/(3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

INGRESOS AGENCIAS DE MEDIOS PROCEDENTES DE ATRESMEDIA/MEDIASET Y ANUNCIANTES								
	2015	2016	2017	TOTAL	2015	2016	2017	TOTAL
	MAGNA GLOBAL (folios 5782-5783; 6720)				DATA PLANNING (folios 5409-5411)			
INVERSIÓN Med+Atres (1) = (2) + (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos anunciantes (4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos Med+Atres (5) = 6 + 7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (6)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (7)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(1)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(6)/(2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(7)/(3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

INGRESOS AGENCIAS DE MEDIOS PROCEDENTES DE ATRESMEDIA/MEDIASET Y ANUNCIANTES								
	2015	2016	2017	TOTAL	2015	2016	2017	TOTAL
	DENTSU (folios 6074-6076; 6552; 6772)				SERENDIPIA 2010 (folios 5195-5196)			
INVERSIÓN Med+Atres (1) = (2) + (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos anunciantes (4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos Med+Atres* (5) = 6 + 7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (6)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (7)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(1)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(6)/(2)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
(7)/(3)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

INGRESOS AGENCIAS DE MEDIOS PROCEDENTES DE ATRESMEDIA/MEDIASET Y ANUNCIANTES				
	2015	2016	2017	TOTAL
	GROUP M (folios 6424; 6665)			
INVERSIÓN Med+Atres (1) = (2) + (3)	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (2)	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (3)	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos anunciantes (4)	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingresos Med+Atres (5) = 6 + 7	[...]	[...]	[...]	[...]
Mediaset (6)	[...]	[...]	[...]	[...]
Atresmedia (7)	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(1)	[...]	[...]	[...]	[...]
(5)/(4)	[...]	[...]	[...]	[...]
(6)/(2)	[...]	[...]	[...]	[...]
(7)/(3)	[...]	[...]	[...]	[...]

Conclusión

De la lectura de los cuadros expuestos en este apartado se desprende que **los ingresos procedentes de las extraprimas son de enorme relevancia en las cuentas de las agencias de medios**. Los ingresos procedentes de las cadenas de televisión multiplican entre dos y cuatro veces los ingresos de los anunciantes en los casos de cuatro agencias **[confidencial]**. Por el contrario, dos de las agencias **[confidencial]** reciben sus ingresos prácticamente a partes iguales de operadores y anunciantes. En el caso de la agencia **[confidencial]**, los ingresos de los anunciantes más que triplican los de los operadores de televisión.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA GENERAL APLICABLE

La Sala de Competencia del Consejo debe resolver en este expediente, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

En lo relativo a la normativa aplicable, las conductas recogidas en los hechos acreditados se han desarrollado durante la vigencia de la Ley 15/2007. En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador, sin perjuicio de la aplicación de otras normas especiales como se dirá más adelante.

Por otro lado, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE. Como ya se ha señalado anteriormente, el alcance de estas conductas se ha extendido a todo el territorio nacional y teniendo en cuenta la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como las empresas que han participado en las mismas, éstas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio en el interior de la Unión Europea.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la DC ha propuesto a esta Sala que declare la existencia de dos infracciones del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, cometidas por MEDIASET y PUBLIESPAÑA y por ATRESMEDIA y ATRES ADVERTISING consistentes en restricciones verticales que se materializan en determinados aspectos de los acuerdos establecidos y ejecutados por las citadas empresas con las agencias de medios de publicidad.

En concreto, la DC cita las siguientes prácticas anticompetitivas coincidentes en ambos grupos de empresas:

- La fijación de cuotas relativas de contratación de publicidad televisiva a los anunciantes, que afecta a la práctica totalidad de las campañas publicitarias contratadas.

- El establecimiento de un sistema de comercialización conjunta que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación prácticamente obligatoria de paquetes de canales, así como la utilización de un sistema de comercialización de la publicidad en televisión en *simulcast*, por el que un mismo anuncio se emite de forma simultánea en varios canales de televisión, que afectan a la gran mayoría de los anuncios comercializados.
- La fijación de un sistema de retribución por extraprimas a las agencias de medios por su intermediación, que genera incentivos a la concentración de la publicidad en sus módulos y canales.

Según la DC, cada grupo empresarial citado es responsable de una infracción, que deber ser considerada, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3.a) de la LDC.

En atención a ello, la DC propone la imposición de las siguientes sanciones:

Empresas infractoras	Sanción (€)
ATRESMEDIA	49.198.450
MEDIASET	49.282.450

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. Sobre las condiciones contenidas en los acuerdos entre ATRESMEDIA y MEDIASET y los anunciantes y agencias de medios de publicidad

Los hechos acreditados en la presente resolución ponen de manifiesto la existencia de tres tipos de condiciones contenidas en los acuerdos que MEDIASET y ATRESMEDIA, de manera independiente, realizan con los anunciantes y, en su caso, agencias de medios que son objeto de análisis en este expediente.

Es de destacar que, aunque MEDIASET y ATRESMEDIA contratan con sus anunciantes y agencias de medios de manera independiente, lo cierto es que las condiciones contenidas en los acuerdos que cada una de las empresas adopta con sus anunciantes y agencias son muy similares. Las citadas condiciones consisten en:

- i) El establecimiento de un sistema de **comercialización conjunta** que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación forzosa de **paquetes de canales** lo que, sumado a que se impone el **simulcast**, esto es, la emisión de un mismo anuncio de forma simultánea en varios canales de televisión, lleva a que el anunciante pague el mismo precio con independencia del canal donde se obtenga la audiencia (apartado 1 de los hechos acreditados).
- ii) La fijación de **cuotas mínimas de contratación de publicidad televisiva** a los anunciantes, que afectan a la práctica totalidad de los contratos firmados con anunciantes analizados, y que se configura como una de las variables fundamentales de las ofertas (apartado 2 de los hechos acreditados).
- iii) El establecimiento de un **sistema de extraprimas para las agencias de medios**, basado en un sistema de descuentos condicionales, que genera sobre las agencias fuertes incentivos a concentrar la inversión publicitaria de sus clientes en estos grupos (apartado 3 de los hechos acreditados).

El primer tipo de condiciones analizadas en este expediente se refiere al establecimiento **de un sistema de comercialización conjunta que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación forzosa de paquetes de canales, reforzada por la práctica del simulcast.**

Ha quedado acreditado que MEDIASET y ATRESMEDIA desarrollan políticas comerciales que condicionan a los principales anunciantes televisivos a contratar la publicidad de estos operadores en paquetes o módulos de canales, que vinculan los canales con mayor audiencia, más atractivos y de muy difícil sustitución para los anunciantes, con la publicidad de pequeños canales, para los que existen más alternativas en el mercado, en particular, por parte de terceros operadores de televisión.

En ambos grupos existe una clara dominancia de las ventas por módulos sobre las ventas de canales independientes.

En el caso de ATRESMEDIA, del cociente entre el total de la venta de módulos y el total de ventas se obtiene que los GRP por publicidad convencional generados por la venta de los módulos COBERTURA y AFINIDAD representan, en términos de GRP, entre el [85-95%] y el [90-100%] de los GRP totales comercializados por ATRESMEDIA en el periodo de referencia. Análogamente, en términos de ingresos (descontados los recargos), la venta de ambos módulos representó entre el [85-

95%] y el [90-100%] del total de ingresos por publicidad televisiva obtenidos por ATRESMEDIA.

En el caso de MEDIASET, del cociente entre el total de la venta de módulos y el total de ventas se obtiene que los GRP por publicidad convencional generados por la venta del módulo Telecinco, del módulo Cuatro y de la venta conjunta de los módulos Telecinco y Cuatro representan, en términos de GRP, entre el [80-90%] y el [80-90%] de los GRP totales comercializados por MEDIASET en el periodo de referencia. En términos de ingresos (descontados los recargos), la venta de dichos módulos representó entre el [80-90]% y el [80-90%] del total de ingresos por publicidad televisiva obtenidos por MEDIASET.

Adicionalmente, tanto MEDIASET como ATRESMEDIA han desarrollado una política comercial de vinculación más extrema denominada pauta única o *simulcast*, que implica la transmisión simultánea de publicidad en distintos canales. Esta práctica en el caso de ATRESMEDIA afecta a todos sus canales (en dos bloques), y en el caso de MEDIASET se aplica a todos los canales propios (en dos bloques), excepto Boing.

Con la exigencia de pauta única o *simulcast* la práctica totalidad de la publicidad convencional de los canales se emiten siguiendo la pauta de la cadena principal³⁶.

Asimismo, ha quedado acreditado que la gran mayoría de las respectivas propuestas comerciales de ATRESMEDIA y MEDIASET con sus principales anunciantes **contienen cuotas mínimas de inversión publicitaria** que comprometen al anunciante a dedicar un porcentaje significativo de su campaña publicitaria general a ATRESMEDIA y MEDIASET, cuyo incumplimiento les puede acarrear penalizaciones.

Del total de las 1.077 ofertas aportadas por los anunciantes al expediente, aproximadamente el 97,8% establecen una cuota, frente a menos del 3% que no incluyen una referencia expresa al establecimiento de la misma.

³⁶ En este sentido, la Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual de la CNMC ha instruido varios expedientes sancionadores contra ATRESMEDIA y MEDIASET por entender que las interrupciones publicitarias de los canales que emiten en pauta única afectan a la integridad de los programas y, por tanto, contravienen el artículo 14.4 párrafo 1º de la Ley General de la Comunicación Audiovisual.

Es de destacar, que las cuotas mínimas de inversión de los anunciantes en el módulo Telecinco de MEDIASET es, generalmente y salvo excepciones, equiparable a la cuota en el módulo Cobertura de ATRESMEDIA. Lo mismo sucede entre los módulos Cuatro y Afinidad de las respectivas cadenas de televisión. Por su parte, las cuotas de inversión publicitaria que los principales anunciantes acuerdan con MEDIASET y con ATRESMEDIA son, en general, compatibles entre sí (no superan³⁷ 100%), pero dejan un margen bastante reducido para que el anunciante pueda contratar publicidad en terceros operadores televisivos.

En tercer lugar, se observa en las condiciones analizadas la existencia de un **sistema de extraprimas para las agencias de medios**, basado en descuentos condicionales.

Las agencias de medios tienen un papel muy importante en la negociación de la publicidad televisiva en España. De hecho, casi todos los anunciantes han señalado que las negociaciones con las cadenas de televisión las llevan a cabo a través de las agencias de medios, quienes se encargan de negociar con el operador de televisión las condiciones de contratación. Como se ha señalado, en el caso de las dos cadenas, las agencias de medios intermedian la mayor parte de la publicidad televisiva comercializada.

Ha quedado acreditado que MEDIASET y ATRESMEDIA introducen, respectivamente en sus acuerdos con agencias de medios, sistemas de incentivos mediante la retribución (extraprimas) a las agencias de medios por su labor de intermediación de publicidad televisiva en España.

En particular, dentro de los diferentes tipos de incentivos ofrecidos, podemos agrupar todos ellos en dos grupos:

- **Descuentos por volumen de negocio:** Con los que cada grupo incentiva que las agencias concentren un mayor volumen de negocio (precio o cantidad) de publicidad que gestiona cada agencia en las cadenas de su grupo. Dentro de este grupo encontraríamos los siguientes: Incentivo facturación y precio pagado (ATRESMEDIA) e Incentivo facturación trimestral, Incentivo por captación de clientes 2015 e incentivo “Cartera de clientes estratégicos” en 2015 y 2016, entre otros (MEDIASET).

³⁷ Existen algunas excepciones mencionadas en el cuadro de ofertas comerciales.

- **Descuentos por cuota relativa:** Con los que cada grupo incentiva que las agencias de medios concentren una mayor proporción del volumen de negocio de publicidad en las cadenas de su grupo: Incentivo cuota asignada (ATRESMEDIA) e Incentivo cuota en 2015, incentivo táctico por cuota de GRP en 2016 y 2017 e incentivo táctico por cuota de GRP en adultos en 2016 (MEDIASET).

Son descuentos condicionales, que se otorgan en función del comportamiento de la demanda. Los descuentos aplicados aumentan al sobrepasar determinados umbrales de las variables relevantes: cuota relativa de negocio, volumen de facturación o su crecimiento, incremento de precios aplicados, etc.

El importe de las extraprimas está vinculado con cantidades relativas (cuota de GRPs o inversión total gestionada por la agencia, incremento porcentual del volumen de inversión sobre la inversión total gestionada, etc.) y se calcula sobre el total del gasto publicitario en televisión intermediado por la agencia de medios, en lugar de tener en cuenta la contraprestación que la operadora de televisión obtiene de los factores evaluados por cada uno de los incentivos

Además, estos descuentos están diseñados como descuentos retroactivos, es decir, el reembolso se concede para todo el volumen de facturación intermediado e invertido en cada grupo de comunicación y no solo en la parte que excede el umbral, lo que crea un efecto de atracción o efecto succión que hace que las agencias de medios tengan el incentivo a concentrar su presupuesto en los grupos ATRESMEDIA y MEDIASET.

Los hechos acreditados constatan que los ingresos procedentes de las extraprimas son de enorme relevancia en las cuentas de las agencias de medios. Como se ha señalado, los ingresos de las agencias de medios procedentes de las cadenas de televisión multiplican en varios casos entre 2 y 4 veces los ingresos de los anunciantes (en los casos de las agencias de medios **[confidencial]**).

4.2. Marco jurídico aplicable a los acuerdos analizados

La DC considera que el conjunto de condiciones analizadas en el apartado anterior aplicadas por MEDIASET y ATRESMEDIA constituyen dos infracciones, una por cada operador, al suponer restricciones verticales prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE.

Un acuerdo entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución también puede tener la aptitud para ser sometido a la prohibición de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

No obstante, las restricciones verticales pueden producir eficiencias, de ahí que en este tipo de acuerdos cobre especial relevancia el análisis de aplicabilidad del artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, que prevén la posibilidad de declarar exentas las prohibiciones previstas en los preceptos citados cuando las conductas de las empresas contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

En todo caso, según el artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, estas eficiencias deben:

- a) Permitir a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consentir a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno una norma que desarrolle estos preceptos, es posible acudir, en la normativa de la Unión Europea, al Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante, Reglamento de verticales), así como las Directrices 2010/C 130/01 relativas a las restricciones verticales que establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales y su compatibilidad con la exención de la aplicación del artículo 101.1 del TFUE (en adelante, Directrices de verticales).

Ambas normas desarrollan los requisitos exigibles para la aplicación de la exención a este tipo de acuerdos y además se encargan de delimitar determinados conceptos que son esenciales para su aplicabilidad. Por ejemplo, definen el concepto de acuerdo vertical, establecen los límites para aplicar las exenciones, e introducen una serie de categorías de acuerdos verticales que sirven de ejemplo para los análisis concretos de casos que pueden guardar cierta analogía con los ejemplos

allí tratados, en particular, en lo que se refiere a los efectos que provocan en el mercado.

4.3. Categorización de las relaciones entre MEDIASET y ATRESMEDIA con los anunciantes y agencias de medios

El artículo 1 del Reglamento de verticales define los “acuerdos verticales” como aquellos *“acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, 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”*.

Esta Sala considera que las relaciones de MEDIASET y ATRESMEDIA con los anunciantes, directamente o a través de las agencias de medios, encajan perfectamente en la definición de acuerdo, toda vez que existe un proceso de contratación del espacio de publicidad, que se inicia con una negociación entre ambas partes y finaliza con la contratación del espacio publicitario. Por tanto, hay concordancia de voluntades entre ambas partes que forman parte del acuerdo y además un acuerdo formal que incorpora las condiciones negociadas.

Igualmente, ha quedado acreditado que tanto MEDIASET como ATRESMEDIA han firmado contratos y órdenes de publicidad con las agencias de medios en los que se establecen las condiciones de retribución a las agencias por la intermediación de las compras de espacio televisivo publicitario por cuenta de sus clientes.

Esta Sala, considera que los acuerdos establecidos por ATRESMEDIA y MEDIASET, respectivamente, con las agencias de medios y con los anunciantes son acuerdos verticales en el sentido de lo señalado en el Reglamento.

ATRESMEDIA ha venido sosteniendo a lo largo del procedimiento que no es posible apreciar la existencia de una relación vertical entre los dos grandes grupos televisivos y los anunciantes ya que, según señala, estos últimos deben ser considerados consumidores finales del servicio publicitario objeto del acuerdo.

La citada empresa trae a colación la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 2019 (recurso de casación 5624/2017), de la que dice que su contenido es perfectamente compatible con las tesis de la empresa ya que aunque el Tribunal Supremo reconoce la procedencia de calificar los acuerdos en cuestión como verticales, llega a la conclusión de que dichos acuerdos carecen de efectos anticompetitivos.

En relación con ello, cabe indicar que en este apartado se determina exclusivamente la relación entre las empresas de cara a fijar el marco en el que deben analizarse las conductas, siendo el análisis de efectos que provocan las mismas una cuestión que en modo alguno debe alterar la categorización legal de las relaciones entre ambas partes del acuerdo.

En lo que se refiere al plano en el que opera cada una de las empresas intervinientes en el acuerdo, conviene señalar que cuando el Reglamento de verticales se refiere a operar en distintos planos de la cadena de producción, no limita el concepto a las cadenas de producción de bienes industriales tradicionales, en las que los bienes adquiridos se integran físicamente en un bien producido, sino que también tiene en cuenta las cadenas de producción de servicios o en las que se integran *inputs* en forma de servicios, de tal manera que los servicios suministrados por el proveedor son insumos muy importantes para la producción de bienes o prestación de servicios llevados a cabo por el comprador de los bienes o adquirente de los citados servicios.

Esta definición extensiva del concepto de cadena de producción queda patente en el párrafo 25(d) de las Directrices de verticales que señala que *“están también incluidos en el ámbito de aplicación los acuerdos verticales relativos a todos los bienes y servicios finales e intermedios”*, y que *“los bienes o servicios suministrados por el proveedor pueden ser revendidos por el comprador o empleados como insumo por este último para producir sus propios bienes o servicios”*, de lo que se deduce que en ningún momento las Directrices excluyen del concepto de acuerdos verticales bienes o servicios por el mero hecho de que puedan tener un peso relativamente reducido.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 18 de febrero de 2019 ya citada, ha señalado que no cabe interpretar de manera restrictiva la definición de acuerdo vertical prevista en el Reglamento de verticales ya que *“en este concepto pueden incluirse las cadenas de producción de servicios en general sin excluir los acuerdos entre empresas por las que unos proveedores suministran servicios a otras empresas que los utilizan en su proceso de producción de bienes o prestación de servicios. Se trata de acuerdos entre unas empresas que proporcionan insumos a otras que los introducen en su propio proceso de producción. La definición legal y la forma en que se acota el concepto no implica ni justifica que se pueda prescindir de aquellos supuestos en los que, como en el presente, una empresa suministra un servicio -de comunicaciones telefónicas- que es utilizado por otras empresas adquirentes del servicio como insumo en la cadena de producción de bienes o*

servicios, de modo que puede haber acuerdos verticales entre empresas y en los celebrados entre una asociación de empresas y sus proveedores.

(...)

Lo verdaderamente relevante, a los efectos de la calificación del acuerdo vertical, es la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre "empresas que operen en distintos planos de la cadena de producción o distribución". Y tal definición de empresas que intervienen en diferentes planos de la cadena de producción puede incluir los servicios suministrados por el proveedor que son insumos necesarios para la prestación de los servicios o producción de bienes realizados por quien recibe los servicios".

En un mercado competitivo la publicidad resulta un insumo más en la cadena de valor de la empresa y será tanto más importante cuanto mayor competencia exista en el mercado.

Para las empresas (en particular empresas de cierta magnitud³⁸), la actividad de contratación de publicidad televisiva no tiene un carácter económicamente marginal. A estos efectos, se han analizado las cuentas de resultados de 2016 de doce anunciantes de entre los cuarenta y uno seleccionados con el objeto de valorar el peso que tiene la inversión publicitaria en los gastos de explotación como gasto asociado a las ventas de una compañía y, por tanto, en su cadena de valor.

³⁸De acuerdo con la información publicada por INFOADEX, los principales anunciantes se encuentran en sectores productores de bienes y servicios de gran consumo y, en particular, los Fast Moving Consumer Goods (FMCG), que incluyen, alimentación y bebidas, belleza y salud, distribución, comunicaciones móviles y automoción.

LA INVERSIÓN PUBLICITARIA EN LA CUENTA DE RESULTADOS: 2016 (Euros y %)							
	Ingresos explotación (1)	Gastos explotación (2)	RESULTADO BRUTO EXPLOTACIÓN	Inversión publicitaria TV (3)	Inversión publicitaria todos medios (4)	(3)/(2) (%)	(4)/(2) (%)
L'OREAL ESPAÑA, S.A. (Grupo)*	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
PROCTER & GAMBLE, ESPAÑA S.A.**	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ORANGE ESPAÑA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COCA COLA EUROPEAN PARTNERS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
NESTLE ESPAÑA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
UNILEVER ESPAÑA, S.A. (GRUPO)***	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EL CORTE INGLÉS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VODAFONE ESPAÑA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
DANONE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ONCE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
AUDI VOLKSWAGEN (Grupo)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	35.182.426.000	32.180.097.000	3.002.329.000	445.618.710	752.451.537	1,38	2,34
* [...]							
** [...]							
*** [...]							

Fuente: elaboración propia con base en información aportada por los anunciantes y cuentas de resultados publicadas en *INFORMA*

Como puede observarse, la publicidad constituye un elemento de carácter estratégico y comercial de gran valor para las empresas analizadas. Esto implica que ATRESMEDIA y MEDIASET, como oferentes de espacio publicitario televisivo, y los anunciantes, como demandantes de espacio publicitario y fabricantes de bienes o servicios, se sitúan en planos distintos de la cadena de producción/distribución, actuando la publicidad como un insumo necesario y significativo para la puesta en el mercado de dichos productos o servicios.

Esta consideración es compartida por la FORTA, que ha señalado que la publicidad televisiva debe considerarse como un insumo para las empresas anunciantes y, en ningún caso, como un bien de consumo final, ya que el verdadero consumidor final del servicio publicitario es el telespectador y no, precisamente, el anunciante.

En consecuencia, a los efectos de lo que disponen las normas nacionales y de la Unión Europea citadas, las relaciones entre MEDIASET y ATRESMEDIA con los anunciantes y agencias de medios deben ser calificados como acuerdos verticales.

4.4. Sobre la exención automática por umbral de cuota de mercado de las empresas del acuerdo

El artículo 3 del Reglamento de verticales establece un umbral de cuota de mercado del 30% por debajo del cual se aplica la exención siempre que los acuerdos verticales no contengan determinadas restricciones de competencia especialmente graves (considerando 8; artículo 3). Por encima de esta cuota, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la LDC y del 101.1 del TFUE generen ventajas objetivas de tal naturaleza que compensen las desventajas que causan a la competencia.

De lo anterior se desprende que toda red individual de acuerdos verticales que contienen restricciones de competencia realizados por un proveedor con una cuota superior al 30% en el mercado de referencia no es merecedora de una exención automática y podría, al menos potencialmente, provocar efectos anticompetitivos en el mismo, por lo que procedería analizarla en detalle prestando atención especial a la estructura del mercado y a las condiciones de competencia en el mismo.

En este caso, dadas las cuotas de mercado de los dos principales operadores en el mercado de la publicidad televisiva, superiores al 30% en todos los años analizados (en 2017, MEDIASET un 43,3% y ATRESMEDIA un 41,4% en términos de ingresos publicitarios), procede analizar si los acuerdos verticales analizados son restrictivos de la competencia por sus efectos, potenciales o reales, y, en su caso, si son merecedores del beneficio de la exención.

4.5. Calificación de las conductas

Las empresas objeto de investigación en este expediente han venido señalando en sus respectivos escritos de alegaciones que la DC ha realizado una incorrecta calificación de las conductas analizadas en esta resolución. Ambas empresas coinciden en señalar que no estamos ante la existencia de acuerdos de marca única tal como los define las Directrices de verticales.

En concreto, merece especial atención la alegación de MEDIASET en la que considera que *“la premisa esencial para poder calificar un acuerdo de marca única (imposición de cantidades que lleven al cliente a suministrarse mayoritariamente de “un único proveedor”, una sola fuente –por eso se llama “marca única” o “single branding”-), no se da en el presente caso, pues la mayoría de clientes contratan parte de sus necesidades de “aprovisionamiento” de publicidad tanto con ATRESMEDIA como con MEDIASET”*.

Por su parte, la FORTA, la ASOCIACIÓN DE TELEVISIONES PRIVADAS DIGITALES TERRESTRES e INTERECONOMÍA, sostienen que la DC ha calificado correctamente las conductas llevadas a cabo por ambas empresas al considerarlas acuerdos de marca única consistentes en la imposición de cantidades.

En relación con esta cuestión, es necesario aclarar, en primer lugar, que el tipo infractor que se sanciona en esta resolución es el de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, que prohíben los acuerdos entre empresas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Los citados preceptos incorporan, además, un catálogo de conductas en particular que encajan en el tipo infractor y suelen ser merecedoras del reproche sancionador previsto en las citadas normas. Sin embargo, no es un catálogo cerrado, por lo que hay otro tipo de conductas no expresamente definidas allí que igualmente pueden ser sancionadas, como el caso de los acuerdos verticales restrictivos de la competencia.

Las Directrices de verticales, con el objeto de facilitar la detección y análisis de este tipo de conductas, dedican un apartado a analizar una serie de acuerdos específicos que pueden derivar en restricciones de competencia por ser los más frecuentes, pero tampoco es un catálogo cerrado de conductas, por lo que cualquier otro tipo de acuerdo vertical no previsto en esa guía debe ser tratado *“según los mismos principios y con el mismo énfasis respecto a su efecto en el mercado”* (párrafo 128).

Dentro de este catálogo de acuerdos verticales definidos en las Directrices, hay un apartado dedicado a los denominados acuerdos de “marca única por imposición de cantidades al comprador” (párrafo 129). Las Directrices definen esta categoría de marca única como:

“La imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras en un único proveedor. La imposición de cantidades puede, por ejemplo, adoptar la forma de obligaciones de compras mínimas, obligaciones de almacenamiento o de sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad, los sistemas de rebajas por fidelidad o las tarifas duales (un canon fijo más un precio por unidad)” (énfasis añadido).

A diferencia del otro tipo de acuerdo de marca única definido por las Directrices³⁹, en la definición de imposición de cantidades mínimas las Directrices no establecen un umbral a partir del cual puede considerarse que estamos ante este tipo de acuerdos, pero existen algunos precedentes en la materia.

En la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2007 (expediente 614/06 Cervezas Canarias 2), se consideró que los acuerdos de distribución suscritos por el principal fabricante de cerveza de las Islas Canarias con puntos de venta minoristas, a los que imponía una obligación de compra de cantidades mínimas, era contrario al artículo 1 de la LDC por excluir a fabricantes competidores.

En aquel asunto, las cláusulas de ventas mínimas que había introducido la empresa cervecera en sus contratos exigían a los establecimientos que las cantidades de cerveza adquirida representaran, al menos, el 50% del consumo total del establecimiento.

En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de septiembre de 2013 (recurso 6932/2010), que confirmó la resolución sancionadora del TDC y la posterior sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 8 de octubre de 2010 (recurso 132/2007), el Alto Tribunal calificó la conducta como acuerdos de marca única del tipo de imposición de cantidades, si bien a la hora de considerar la conducta como contraria al artículo 1.1 de la LDC, el Tribunal llevó a cabo un análisis desde el punto de vista de la competencia atendiendo a distintos factores (cuota vinculada de suministro, poder de mercado, situación de los competidores y características de la cláusula), para concluir que todos estos factores, analizados de manera conjunta, suponían una conducta infractora del artículo 1 de la LDC que podía ocasionar efectos anticompetitivos y de cierre del mercado, perjudicando ostensiblemente las posibilidades competitivas de los restantes proveedores en relación con los establecimientos vinculados.

Al igual que el Alto Tribunal, esta Sala considera que los acuerdos alcanzados respectivamente por los dos grandes grupos de televisión en España con los anunciantes y agencias de medios encuentran encaje en la definición de acuerdos de imposición de cantidades prevista en las Directrices de verticales.

³⁹ Las cláusulas de no competencia quedan definidas en las Directrices como un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera **más del 80 %** de sus necesidades a un solo proveedor.

La estructura del mercado y la posición de ATRESMEDIA y MEDIASET en el mismo, implica que para los anunciantes sea necesario publicitarse en los principales canales de ambos grupos televisivos, ya que su elevada audiencia resulta esencial para alcanzar una elevada cobertura y una limitada frecuencia o repetición de la acción publicitaria para alcanzar los impactos o GRP deseados por el anunciante. Esta situación, además, ha sido puesta de manifiesto por la FORTA y la Asociación de Televisiones Privadas Digitales Terrestres a lo largo del procedimiento.

Los hechos acreditados ponen de manifiesto que ambos grupos televisivos han utilizado esta situación privilegiada en el mercado para conseguir imponer políticas comerciales para la contratación de espacios publicitarios que están claramente encaminadas a evitar que los anunciantes tengan alternativas reales a la contratación en condiciones distintas a las fijadas mayoritariamente por ambos grupos televisivos.

Las respuestas de los anunciantes ponen en evidencia que la contratación empaquetada de canales resulta inevitable, bien porque sea una condición obligatoria, como han señalado algunos, bien porque la alternativa a contratar de manera individual resulta inviable económicamente, como han señalado otros, o bien porque el sistema de pauta única implantado por ambos grupos fuerza a contratar de esa manera. En cualquier caso, los anunciantes no tienen más alternativa que asumir esas condiciones si quieren colocar su publicidad en los principales canales de ATRESMEDIA y MEDIASET.

Los datos resultan concluyentes. En el caso de ATRESMEDIA, cerca del **[85-95%]** de los GPR por publicidad se generan por la venta de módulos. En el caso de MEDIASET las cifras son cercanas al **[80-90%]**.

También resulta insoslayable la inclusión de cuotas mínimas de publicidad en los contratos publicitarios, sometidas, como se ha acreditado, a penalizaciones por incumplimiento por parte de los anunciantes. Es también revelador, en este sentido, que el 97% de las ofertas analizadas tengan asociadas cuotas mínimas de inversión obligatoria, lo que implica que prácticamente la totalidad de los contratos de publicidad contienen esa condición impuesta por los dos grandes grupos.

Finalmente, hay que destacar el sistema de extraprimas a las agencias de medios diseñado por ambos grupos televisivos, cuyo fin es aumentar los incentivos para concentrar la capacidad publicitaria en sus canales de televisión. Como se ha señalado en los hechos acreditados, la gran mayoría de la publicidad comercializada por ATRESMEDIA y MEDIASET se obtiene por intermediación del

conjunto de agencias de medios, de ahí la importancia que reviste el sistema de extraprimas analizado cuyo efecto es la atracción hacia los canales de los dos grandes grupos.

La consecuencia de estas políticas comerciales es que, tanto MEDIASET como ATRESMEDIA, en un mercado en el que hay límites legales a la inclusión de publicidad en televisión, consiguen concentrar, de forma individual, más del 40% de la oferta publicitaria del mercado debido a las condiciones comerciales acordadas con las agencias de medios y los anunciantes. Ello supone, a juicio de esta Sala, la atracción por parte de cada operador de una gran parte de la capacidad de los anunciantes hacia un único proveedor, anunciantes que se ven obligados a plegarse a las condiciones implementadas por ambos grupos por el carácter necesario que representan para ellos los canales principales de ATRESMEDIA y MEDIASET y por el efecto atracción derivado de los incentivos a las agencias de medios.

Por tanto, cada grupo televisivo estaría practicando este tipo de acuerdos de manera individual, aunque en la valoración de los efectos deba tenerse en cuenta, como se verá más adelante, el efecto acumulativo que provoca que los dos operadores principales celebren este tipo de contratos con la totalidad de los anunciantes y agencias de medios que operan en España y que supone que en los últimos años la suma de las cuotas de mercado alcanzadas por cada una de las cadenas haya sido de manera sostenida del 85% de los ingresos por publicidad televisiva en España, lo que deja muy poco margen para el resto de empresas que operan en el mercado o para potenciales operadores que pudieran estar interesados en entrar al mismo.

No es posible, por tanto, aceptar las alegaciones de las empresas al respecto ya que para definir la conducta como acuerdos de imposición mínima de cantidades, las Directrices y la jurisprudencia no exigen un grado de vinculación tan elevado como el que pretenden las empresas.

En todo caso, hay que advertir que la calificación de este tipo de acuerdo vertical no implica *per se* la existencia de la infracción, sino que es necesaria, tal como disponen la Directrices de verticales y la jurisprudencia citada, una valoración, que va más allá del mero calificativo del acuerdo, consistente en analizar una serie de elementos cuya concurrencia permiten considerar la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado derivados de los acuerdos.

Para ello, es evidente que las conductas de la tipología de acuerdos definidos en las Directrices facilita el análisis sobre los efectos restrictivos, pero las propias

Directrices matizan que cualquier otro tipo de acuerdo vertical no definido en esa guía debe ser tratado según los mismos principios y con el mismo énfasis respecto a su efecto en el mercado.

Por tanto, el análisis fundamental para considerar la existencia de una restricción vertical en este expediente es el que se refiere a los efectos que estos acuerdos han provocado en la competencia y, en particular, en las empresas competidoras en el mercado de publicidad televisiva en España. Todo ello, se analiza a continuación.

4.6. Análisis de efectos

Las Directrices de verticales señalan que para que los acuerdos verticales se consideren restrictivos de la competencia por efecto, deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios. Estos efectos negativos probables sobre la competencia deben ser apreciables (apartado 97). Se considera que los efectos anticompetitivos apreciables son probables cuando, al menos, una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo permite el mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado, o permite a las partes valerse del mismo.

En este caso, además, cobra especial importancia la existencia de prácticas idénticas por parte de los dos operadores principales del mercado, ya que la competencia queda restringida de modo significativo por el efecto acumulativo de acuerdos verticales similares puestos en práctica por los dos principales grupos televisivos en España (párrafos 75 y 134 de las Directrices). Las Directrices indican que, al evaluar las restricciones específicas, puede ser preciso prestar atención al efecto acumulativo, es decir, la cobertura del mercado por acuerdos similares (párrafo 121).

Para realizar una correcta evaluación de los efectos de los acuerdos verticales es necesario realizar un análisis completo del mercado para así comprender las dinámicas competitivas del mismo⁴⁰. Así, el análisis de los efectos potenciales de

⁴⁰ Véanse los párrafos 131 a 138 de las Directrices y la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de septiembre de 2013 (recurso 6932/2010) ya citada en esta Resolución.

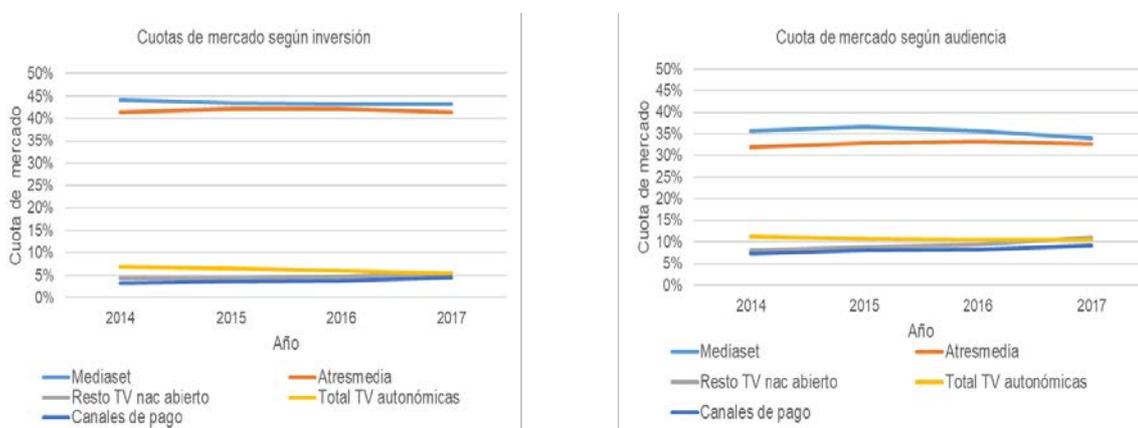
los acuerdos analizados en el presente expediente comienza señalando las características relevantes del mercado.

A) Características del mercado

El mercado de publicidad televisiva en España es un mercado con fuertes barreras de entrada, ya que las licencias TDT necesarias para operar en el mercado se encuentran limitadas por ley y son otorgadas mediante concurso por la autoridad audiovisual competente. Además, existen limitaciones de la oferta muy significativas en la medida en que la regulación restringe el tiempo destinado a la publicidad. La LGCA establece un límite de mensajes publicitarios de 12 minutos por hora de reloj, lo que implica una limitación que resulta más significativa en las franjas horarias de mayor audiencia o “prime time”. Estas limitaciones regulatorias hacen que la oferta en el mercado de publicidad sea rígida.

A esto se añade que el mercado de la publicidad en televisión es un mercado maduro, en el que tanto el tiempo de consumo televisivo por espectador, como las audiencias y el número de GRP (*Gross Rating Points*) se han mantenido estables a lo largo del tiempo. Por lo tanto, el incremento de audiencia de un determinado canal de televisión o de una cadena se realiza sobre todo a costa de una redistribución de las audiencias del resto de canales. Así, la capacidad de generación de GRP de las cadenas depende de la audiencia que su programación consiga atraer, habiendo una inercia muy significativa en la audiencia de los principales canales.

A continuación, se muestran dos gráficos que reflejan las cuotas de mercado de ATRESMEDIA y MEDIASET en términos de ingresos y de audiencias.



Fuente: *Elaboración propia a partir de datos de Infoadex y Kantar Media*

La figura anterior muestra las cuotas de mercado de ATRESMEDIA, MEDIASET, las televisiones autonómicas y los terceros operadores independientes en el mercado. El gráfico de la izquierda muestra las cuotas de mercado tomando en consideración los ingresos por publicidad de cada uno de los operadores. El gráfico de la derecha muestra también las cuotas de mercado de los operadores de televisión por sus audiencias. Para realizar una comparación lo más homogénea posible, al calcular las cuotas de mercado según audiencias se ha excluido a RTVE que no participa de manera apreciable en el mercado de la publicidad televisiva.

Las gráficas muestran una gran estabilidad, ya que las cuotas de mercado en términos de ingresos apenas han variado en los últimos años. En términos de audiencia hay ciertas variaciones en períodos temporales cortos (meses, trimestres) pero, en general, la estabilidad es la nota característica en cómputo anual. Estas gráficas muestran que estamos ante un mercado maduro.

Además de la estabilidad de las cuotas de mercado, las gráficas anteriores muestran que el grado de concentración de la oferta es muy elevado. Así, desde el año 2014 hasta el año 2017, los dos principales operadores del mercado han tenido una cuota media conjunta en términos de inversión del 85,3%. En términos de audiencia, la cuota media conjunta es del 68,2%. Junto con el elevado peso conjunto que los dos principales operadores tienen en el mercado, resulta relevante también que los competidores alternativos en este mercado están bastante atomizados, y que uno de los operadores alternativos que tiene mayor cuota, FORTA, ejerce una presión competitiva sobre MEDIASET y ATRESMEDIA significativamente inferior a la que podría deducirse de su cuota. Se trata, por lo tanto, de un mercado caracterizado por el predominio de dos grandes operadores.

Los anunciantes, que desean adquirir espacios televisivos de publicidad, se apoyan en las agencias de medios para acudir al mercado. De hecho, como ya se ha indicado, una parte muy elevada de la publicidad comercializada por ATRESMEDIA y por MEDIASET se obtiene por intermediación de las agencias de medios.

Las agencias de medios diseñan las campañas publicitarias para sus clientes, utilizando los soportes que consideran más eficientes para la venta del mensaje. La televisión es un medio imprescindible en el diseño y alcance de las principales campañas publicitarias de los anunciantes. Los anunciantes, que buscan alcanzar unos objetivos de cobertura y frecuencia óptimos en cada una de sus campañas, tienen una capacidad muy limitada para sustituir los impactos publicitarios que generan los canales de televisión con mayor audiencia en España, ya que los

operadores alternativos no pueden ofrecer coberturas tan altas como los dos canales principales de los grupos.

Las agencias de medios, al ser un intermediario especialista, facilitan la gestión y optimizan los recursos operativos de cada empresa, además de aportar herramientas de medición e información, y soporte estratégico en la planificación y en la toma de decisiones del *mix* de medios. Las agencias de medios tienen dos fuentes principales de financiación. Por un lado, reciben dinero de los anunciantes, que suele ser una comisión sobre la inversión neta tramitada. Por otro lado, las agencias reciben extraprimas por parte de los operadores de televisión. Estos últimos ingresos se pueden retornar a los propios anunciantes en mayor o menor medida.

Los anunciantes, si se consideran de forma individual, tienen una cuota de mercado reducida, pero las agencias, al ser capaces de agregar la demanda, tienen una importancia muy elevada. Como se ha señalado, los anunciantes, que desean adquirir espacios televisivos de publicidad, se apoyan en general en las agencias de medios para acudir al mercado. De hecho, la mayor parte de la publicidad comercializada por ATRESMEDIA y MEDIASET se obtiene por intermediación de las agencias de medios⁴¹. Dado el peso de las agencias de medios, cabría pensar que estas tienen un elevado poder de negociación, pero la concentración de la oferta de los soportes para publicidad y el control que los anunciantes ejercen durante las negociaciones limitan el poder de negociación de las agencias de medios.

Además, los incentivos que tienen las agencias de medios en la negociación con las televisiones no están completamente alineados con los de los anunciantes. Las agencias de medios obtienen de las cadenas de televisión descuentos en forma de *rappels* por volumen total intermediado en un determinado periodo, que no se trasladan necesariamente a los anunciantes.

Lo anterior muestra que los grandes anunciantes y la mayoría de las agencias de medios tienen una situación de dependencia respecto a MEDIASET y ATRESMEDIA. Los anunciantes necesitan emitir sus campañas publicitarias en los canales de mayor audiencia de ATRESMEDIA y MEDIASET para poder cumplir con sus objetivos de eficacia, por ser las cadenas que mayor cobertura ofrecen. Por otro lado, para la mayoría de las agencias de medios los ingresos procedentes de

⁴¹ De acuerdo con la información de INFOADEX, las diez principales agencias de medios representan el 62% de la inversión en medios convencionales.

las extraprimas son de enorme relevancia. Así, los ingresos procedentes de las cadenas de televisión por este concepto multiplican entre dos y cuatro veces los ingresos de los anunciantes en los casos de **[confidencial]**, mientras que **[confidencial]** reciben sus ingresos prácticamente a partes iguales de operadores y anunciantes. En el caso de **[confidencial]**, los ingresos de los anunciantes más que triplican los de los operadores de televisión.

Por ello, el objetivo de las agencias de medios es, en muchos casos, maximizar el valor de la publicidad intermediada y no tanto reducir el coste unitario de los GRP adquiridos, o maximizar el número de GRP obtenidos para una campaña sobre la base de un determinado volumen de inversión publicitaria.

Esta dependencia de los anunciantes y de las agencias de medios respecto de las cadenas principales es precisamente lo que permite a MEDIASET y ATRESMEDIA imponer las condiciones analizadas en sus acuerdos, en perjuicio de los propios intereses de los anunciantes y agencias de medios, que ven reducidas sus posibilidades de elección.

B) Valoración de los efectos restrictivos de la competencia

Como ya se ha señalado en esta Resolución, los acuerdos de MEDIASET y ATRESMEDIA contienen tres condiciones que son objeto de análisis por esta Sala:

- El establecimiento de un sistema de comercialización conjunta, que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación forzosa de paquetes de canales lo que, sumado a que se impone la pauta única o *simulcast*⁴², lleva a que el anunciante pague el mismo precio con independencia del canal donde se obtenga la audiencia.
- La fijación de cuotas de contratación de publicidad televisiva a los anunciantes, que afectan a la práctica totalidad de los contratos firmados con anunciantes, y que se configura como una de las variables fundamentales de las ofertas.
- El establecimiento de un sistema de extraprimas para las agencias de medios, basado en un sistema de descuentos condicionales, que genera

⁴² Como se ha indicado antes, la transmisión simultánea se refiere a la emisión del mismo anuncio a través de más de un canal de forma simultánea.

sobre las agencias fuertes incentivos a concentrar la inversión publicitaria de sus clientes en estos grupos.

Todas estas condiciones se dan al mismo tiempo desde el año 2013 y conforman una única conducta por parte de cada operador, ATRESMEDIA y MEDIASET, con el objetivo de incrementar su respectiva cuota de mercado y, en especial, incrementar la participación de los pequeños canales de cada grupo, por encima de lo que correspondería en igualdad de condiciones con los operadores independientes.

Como consecuencia de estas condiciones, los terceros operadores en el mercado ven limitada su capacidad de crecimiento en el mercado de la publicidad televisada en España.

Este efecto restrictivo tiene a su vez un impacto negativo en la demanda de contenido audiovisual en España, ya que la dificultad para rentabilizar las audiencias limita la capacidad de terceros operadores de adquirir contenido audiovisual atractivo. La inversión en programación atractiva les podría permitir obtener mayor audiencia e impactos publicitarios, de cara a poder competir en el medio o largo plazo con los canales principales de ATRESMEDIA y de MEDIASET.

La **comercialización de la publicidad de los canales de manera empaquetada** vincula la oferta de canales de mayor y menor audiencia. Esta vinculación, reforzada por la pauta única o *simulcast*, supone que la práctica totalidad de la publicidad convencional de los canales se emite siguiendo la pauta de la cadena principal. Con estas prácticas, los anunciantes carecen de capacidad para determinar la distribución de los GRP o la inversión contratada entre los diferentes canales de televisión que componen el módulo.

Estas prácticas impactan negativamente en los anunciantes. Por un lado, se ven obligados a emitir una parte de su campaña publicitaria a través de canales de televisión que en muchos casos no están ajustados al *target* comercial deseado para el producto o servicio publicitado, o bien en canales que, por su reducida audiencia, impactan negativamente en la eficacia de la acción publicitaria al elevar la frecuencia o repetición del mensaje publicitario para alcanzar los GRP deseados. Este efecto se ve acrecentado por la imposición de pauta única, que puede generar además otro impacto negativo de producirse las pausas publicitarias en los canales secundarios en momentos no siempre ajustados al ritmo de sus programas, lo que puede perjudicar a los telespectadores si no se respeta la integridad de los programas en los que se insertan y de las unidades que los conforman.

Con esta vinculación entre canales de elevada audiencia y el resto de canales de la cadena, ATRESMEDIA y MEDIASET atraen inversión publicitaria a sus canales de menor audiencia, para los que los anunciantes sí tendrían más alternativas de contratación si no existiese esta vinculación, ya que los canales independientes del mercado sí alcanzan cuotas de audiencia similares a los de los canales pequeños de ATRESMEDIA y MEDIASET (representados con el mismo color según las cadenas principales), como se puede comprobar en la siguiente tabla:

Canal	Promedio de audiencias (% del total)	
	2016	2017
FDF (Mediaset)	3,7	3,6
Neox (Atresmedia)	2,9	2,9
Divinity (Mediaset)	2,9	2,8
Trece	2,7	2,7
Nova (Atresmedia)	2,7	2,6
Energy (Mediaset)	2,4	2,5
Paramount Channel	2,3	2,5
Mega (Atresmedia)	2,3	2,2
Dmax	2,3	2,1
Atreseries (Atresmedia)	1,0	1,5
Gol	0,3	1,2
Dkiss	0,6	1,1
Boing (Mediaset)	0,9	0,8
Disney Channel	0,7	0,7
Be Mad (Mediaset)	0,5	0,7
Real Madrid TV	0,2	0,5
Ten	0,4	0,4

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de audiencias del expediente

La vinculación genera efectos restrictivos en el mercado de publicidad, en la medida en que los terceros operadores televisivos dejan de competir en igualdad de condiciones con los canales de menor audiencia de las dos grandes cadenas de televisión, que tienen una audiencia similar a la de los canales de los operadores alternativos.

Dicha vinculación se sustenta porque para los anunciantes suele ser necesario anunciarse en los canales principales de MEDIASET y ATRESMEDIA, que debido a su elevada audiencia constituyen la única vía para alcanzar sus objetivos de maximizar la cobertura del mensaje publicitario de manera que pueda llegar al mayor número de individuos diferentes del target deseado, especialmente en el

actual contexto, en el que los espectadores de RTVE no son apenas accesibles para los anunciantes.

Como han señalado la mayoría de anunciantes consultados, el hecho de no invertir en uno de los dos operadores por no haber llegado a un acuerdo con ellos afecta a los niveles de cobertura y la afinidad del público objetivo, dada la elevada audiencia que los canales principales de ambos operadores tienen en el mercado, por lo que conseguir la misma cobertura con otros operadores sería muy difícil y, en todo caso, requeriría una frecuencia de emisión de los anuncios muy superior con el consiguiente efecto negativo sobre los objetivos y eficacia de la acción publicitaria.

Por otro lado, la **fijación de cuotas mínimas** de contratación de publicidad televisiva limita la posibilidad de contratar canales alternativos. Estas cuotas de inversión se fijan teniendo en cuenta el total de la inversión en las cadenas de televisión y presentan porcentajes que hacen compatibles las exigencias de ATRESMEDIA y MEDIASET (las cuotas mínimas de estas dos cadenas suman menos del 100%). Esta compatibilidad hace que los efectos de las conductas de las dos cadenas se acumulen, por lo que el margen para que el anunciante pueda contratar publicidad en terceros operadores televisivos es muy reducido.

El establecimiento de cuotas de inversión publicitaria tanto en términos de GRP como en valor, sujetas además a penalizaciones por incumplimiento, dificultan a los anunciantes principales incrementar la inversión contratada con terceros operadores de televisión por encima del remanente no cubierto por las cuotas relativas de MEDIASET y ATRESMEDIA. Esto se debe a que las penalizaciones pueden causar considerables perjuicios a los principales anunciantes en televisión, dado que tienen una dependencia muy significativa de la publicidad en los principales canales de televisión de MEDIASET y ATRESMEDIA que no es sustituible en su totalidad por publicidad en terceros canales, por su menor audiencia y cobertura.

Finalmente, la práctica relativa al **sistema de extraprimas** a las agencias de medios, tal y como está diseñado, supone que las dos grandes cadenas de televisión en abierto atraen una parte significativa de la inversión total en publicidad televisiva gestionada por las agencias de medios, y desincentivan a las agencias a intermediar publicidad televisiva con terceros operadores televisivos al introducir un fuerte coste de oportunidad para el cambio de proveedor, limitando la libertad de elección económica para colocar, al menos, una parte de sus presupuestos de publicidad en otros operadores de televisión. Con ello, se distorsionan de forma significativa los incentivos de las agencias de medios y se les dificulta el poder

comparar objetivamente las diferentes opciones de colocación de publicidad alternativas con respecto a su calidad y a su relación calidad-precio.

Además, estos descuentos están vinculados con cantidades relativas (cuota de GRP o inversión total gestionada por la agencia, incremento porcentual del volumen de inversión sobre la inversión total gestionada, etc.) y se calculan sobre el total del gasto publicitario en televisión intermediado por la agencia de medios, y están diseñados como descuentos retroactivos, es decir, el reembolso se concede para todo el volumen de facturación intermediado e invertido en cada grupo de comunicación y no solo en la parte que excede el umbral, lo que crea un efecto de atracción o efecto succión que hace que las agencias de medios tengan el incentivo a concentrar su presupuesto en los grupos ATRESMEDIA y MEDIASET y, consecuentemente, genera un efecto restrictivo sobre operadores alternativos.

Al igual que en el caso de los anunciantes, las cuotas relativas establecidas por MEDIASET y ATRESMEDIA a cada agencia de medios son compatibles entre sí (suman menos del 100% en la práctica totalidad de los casos analizados), tienen una evolución paralela y estable, y dejan un margen muy reducido para que las agencias intermedien publicidad con terceros operadores de televisión. Por lo general, las cuotas mínimas exigidas, a partir de las cuales se deriva el pago de incentivos, parten aproximadamente de los niveles de audiencia de los canales principales.

Adicionalmente, el elevado valor absoluto de los *rappels* de estos dos operadores (vinculado a su elevada cuota de mercado) hace que difícilmente un operador televisivo alternativo pueda compensar a las agencias de medios la reducción significativa en la extraprima que reciben de MEDIASET y ATRESMEDIA si contratara con los canales de este operador alternativo una mayor cuota de la publicidad televisiva intermediada por esas agencias de medios.

Dado que, como se ha señalado, una parte muy importante de los ingresos de la mayoría de las agencias de medios depende de las extraprimas de MEDIASET y ATRESMEDIA y que el peso de la televisión en el sector de la publicidad en España es muy significativo (superior al 40%), la participación de las agencias en el sistema de descuentos de las dos cadenas está asegurada.

Como se puede apreciar, las tres prácticas investigadas tienen, de manera individual, aptitud para limitar el desarrollo de terceros operadores en el mercado de publicidad televisiva.

Sin embargo, en este caso los efectos restrictivos de la competencia se ven incrementados por el efecto concentración que supone integrar el conjunto de condiciones restrictivas en los acuerdos –en particular en aquellos en los que intermedian las agencias de medios, que son la gran mayoría– y por el efecto acumulativo derivado de la aplicación simultánea de los acuerdos por parte de ambos grupos televisivos. Como se ha señalado, este efecto acumulativo implica concentrar en las dos grandes cadenas el 85% de los ingresos del mercado de la publicidad en televisión, lo que deja muy poco margen para el resto de canales que no forman parte de los dos grandes grupos.

Los operadores televisivos alternativos se ven imposibilitados de competir en igualdad de condiciones por captar la publicidad televisiva que va a los canales secundarios de los GRUPOS MEDIASET y ATRESMEDIA.

La dificultad de rentabilizar suficientemente la audiencia obtenida tiene, como se ha dicho, efectos más perniciosos en los operadores independientes a medio y largo plazo. La falta de financiación no les permite invertir en contenido atractivo y ello les impide aumentar su audiencia lo que conlleva que, a medio plazo, las cadenas independientes no puedan tener la suficiente audiencia que les permita competir con los canales principales de ATRESMEDIA y MEDIASET.

A modo de conclusión, la imposición de cuotas de inversión permite concentrar elevados volúmenes de inversión en los canales de televisión de cada una de las dos cadenas principales y absorber la capacidad publicitaria de los anunciantes en perjuicio de los operadores de televisión alternativos. Este efecto se incrementa por la vinculación de los canales principales de cada una de las cadenas con los canales de menor audiencia, ya que se estaría imponiendo de facto una cantidad mínima de compra en los canales de menor audiencia de los GRUPOS ATRESMEDIA y MEDIASET.

Este efecto restrictivo se derivaría del carácter imprescindible de los canales de mayor audiencia de cada una de las dos grandes cadenas para los anunciantes, de las prácticas de venta por paquetes de los canales principales con los canales de menor audiencia, de la emisión de la publicidad en *simulcast* en los diferentes canales de cada paquete, de las condiciones específicas para obtener y determinar las extraprimas a las agencias de medios y las condiciones de contratación con anunciantes mediante la fijación de cuotas de inversión o GRP.

Para analizar la desventaja competitiva y las desigualdades que provoca el conjunto de acuerdos adoptados por los dos grandes grupos televisivos, se considera

apropiado realizar un análisis del *power ratio* de los diferentes canales presentes en la televisión en España.

C) Análisis del *power ratio* de los canales de televisión

El *power ratio* es un indicador de eficiencia de la cadena desde el punto de vista de su atractivo publicitario. Se define como el cociente entre la cuota de mercado de los ingresos de la cadena y la cuota o *share* de audiencia de la misma. Cuanto más supere este cociente la unidad, más eficaz es la cadena a la hora de rentabilizar su audiencia en términos de ingresos publicitarios.

Como ya se ha señalado, la mayoría de los anunciantes prefieren lograr sus objetivos de impactos de la campaña publicitaria minimizando la frecuencia y maximizando la cobertura, de lo que deriva que el precio de la publicidad (coste por GRP) debería ser mayor en aquellos canales de televisión que proporcionan una mayor audiencia, frente a los canales con una audiencia más reducida. Un mismo número de GRP puede obtenerse en medios de alta cobertura (audiencia) con un menor número de repeticiones del anuncio (menor frecuencia), o en medios con una cobertura baja del público objetivo o *target*, pero con una elevada frecuencia.

Por ello, es razonable suponer que el *power ratio* de los canales de audiencias más altas será superior a los de audiencias menores, al ofrecer GRP con una mayor cobertura y una menor repetición.

Además de una baja frecuencia y una elevada cobertura, los anunciantes buscan calidad en la audiencia a la que se dirigen, de manera que la audiencia del programa en que se inserta el mensaje publicitario esté lo más ajustada posible al público objetivo o *target* del producto o servicio que se publicita.

Por lo tanto, dos cadenas con una misma audiencia, pero con distintos contenidos podrían tener *power ratios* distintos. Las cadenas con audiencias muy específicas podrían resultar más interesantes para aquellos anunciantes cuyos consumidores se ajusten lo máximo posible a la audiencia. Y, como consecuencia, esas cadenas podrían tener mayores *power ratios*.

Sin embargo, en el mercado publicitario televisivo español se ha venido produciendo, en general, una progresiva restricción de la oferta de *targets* comerciales de manera que, en la actualidad, la mayor parte de la publicidad se comercializa para un *target* amplio que es el de “Adultos+16” y, en determinados casos, para el *target* “Amas de Casa”.

La utilización de *targets* genéricos en las políticas comerciales de las dos grandes cadenas de televisión se produce tanto en el caso de las campañas contratadas con anunciantes como en las políticas de remuneración de extraprimas a las agencias de medios. Esta situación se ve acentuada por la venta empaquetada y la práctica de *simulcast* que implica, para el anunciante, la emisión de publicidad en canales o parrillas no ajustadas al *target* específico deseado, dándose un trato homogéneo desde la perspectiva del *target* publicitario a todos los canales que se comercializan de manera empaquetada.

Como excepción a esta situación se mantiene, por sus especificidades en cuanto a contenidos y horarios, un *target* diferenciado para público infantil que se ha visto reflejado en la política comercial. En concreto, MEDIASET comercializa la publicidad del canal BOING de manera individual y no empaquetado con otros canales de la cadena. En general, el coste de la publicidad para este *target* específico es elevado por lo que los canales destinados a público infantil suelen presentar mayores *power ratios*.

Es precisamente la comercialización de la publicidad utilizando *targets* genéricos lo que permite realizar una comparación homogénea entre los *power ratios* de diferentes canales. A pesar de que las cadenas pueden presentar ligeras variaciones en cuanto a sus contenidos o al tipo de audiencia al que van dirigidos, dado que desde la perspectiva de la comercialización de los contenidos publicitarios las audiencias son agrupadas en *targets* genéricos como los mencionados (“Adultos+16”, “Amas de Casa”), su atractivo comercial será similar para los anunciantes, por lo que su comparación es posible.

De esta manera, el *power ratio* de los canales de audiencias más altas será más elevado que el indicador de los que registran audiencias menores, al ofrecer GRPs con una mayor cobertura y una menor repetición. Sin embargo, con la excepción de los canales infantiles, los canales con audiencias similares deberían presentar *power ratios* también similares, porque ofrecen a los anunciantes condiciones de cobertura/frecuencia equivalente y *targets* homogéneos.

El análisis de los *power ratios* y su comparación entre cadenas permite reflejar los efectos que las prácticas de MEDIASET y ATRESMEDIA tienen en el mercado. Las diferencias entre los indicadores de eficacia muestran la desventaja competitiva en la que se encuentran los terceros operadores en el mercado respecto de las dos cadenas principales.

A estos efectos, es de particular relevancia la comparativa entre el conjunto de canales de menor audiencia de cada una de las dos grandes cadenas y la situación

del conjunto de canales nacionales en abierto de sus competidores. Por las razones ya señaladas, para realizar este análisis se excluirá, en el caso de MEDIASET, su canal BOING dirigido al *target* infantil, canal cuya publicidad comercializa la cadena de televisión de manera independiente del resto de canales de la cadena.

Por otra parte, es relevante también analizar las diferencias entre los principales canales de las dos grandes cadenas y los canales de las televisiones autonómicas, en particular de aquellos que presentan audiencias similares. Por último, resulta asimismo relevante la comparativa con la publicidad en los canales temáticos de la televisión de pago que están incluidos dentro del mercado de referencia.

Para realizar la comparación de los *power ratios* se presentan en primer lugar las audiencias de los canales relevantes; a continuación, se presentan las cuotas de inversión y en último lugar se presentan los indicadores y se realizan las comparaciones relevantes.

Como se pondrá de manifiesto, la desocupación publicitaria de los canales no pertenecientes a los dos grandes grupos se concreta sobre todo en términos de ingresos, dado que, incluso aunque puedan alcanzar un número de minutos de emisión publicitaria comparable al de los canales equivalentes de las dos grandes cadenas que constituyen ATRESMEDIA y MEDIASET, los ingresos obtenidos por los competidores son significativamente más reducidos que los que alcanzan los canales equiparables en términos de audiencia de las citadas dos grandes cadenas.

a) *Datos sobre audiencias*

El primer paso del análisis es el relativo a las audiencias de los diferentes canales y grupos de canales, y su evolución en los últimos años. El cuadro siguiente recoge la audiencia de los diferentes canales de televisión entre el año 2014 y el año 2017. Los datos se basan en la información desagregada aportada por KANTAR MEDIA.

Al objeto de permitir un análisis más fidedigno de la información, es necesario tener en cuenta que RTVE no participa de manera significativa en el mercado publicitario de televisión, al igual que el caso de los canales de televisión local. Por ello, a efectos de determinar el *power ratio* de cada canal de la manera más correcta y consistente con la información sobre ingresos publicitarios, es necesario ajustar las audiencias del cuadro anterior eliminado el efecto de RTVE y del resto de canales no considerados. El cuadro muestra las audiencias ajustadas.

En el caso del GRUPO ATRESMEDIA, se ha considerado la audiencia en el año 2014 de los canales de televisión LA SEXTA 3, NITRO y XPLORA, que fueron explotados por esta cadena televisiva en dicho año, y cuyas audiencias se han obtenido a partir de los datos públicos ofrecidos por KANTAR MEDIA⁴³.

Cuotas de audiencia por canal	2014	2015	2016	2017
Mediaset España	38,0%	37,9%	36,8%	35,0%
Telecinco	19,2%	18,9%	18,3%	16,8%
Cuatro	8,8%	9,0%	8,1%	7,7%
Boing	1,2%	1,1%	0,9%	0,8%
Resto Canales Mediaset	8,8%	8,8%	9,5%	9,6%
FDF	4,2%	4,1%	3,7%	3,6%
Divinity	2,7%	2,9%	2,9%	2,8%
Energy	2,0%	1,9%	2,4%	2,5%
Be Mad			0,5%	0,7%
Atresmedia	33,9%	34,1%	34,4%	33,5%
Antena 3	18,0%	17,2%	16,3%	15,6%
La Sexta	9,7%	9,6%	9,2%	8,7%
Resto Canales Atresmedia	8,5%	7,4%	8,8%	9,2%
Neox	3,0%	3,0%	2,9%	2,9%
Nova	3,1%	3,1%	2,7%	2,6%
Mega		1,2%	2,3%	2,2%
Atreseries			1,0%	1,5%
La Sexta 3	0,8%			
Nitro	0,8%			
Xplora	0,8%			
Resto Nacionales Abierto	8,3%	8,7%	9,5%	11,2%
Trece	2,1%	2,7%	2,7%	2,7%
Paramount Channel	2,5%	2,6%	2,3%	2,5%
Dmax	2,7%	2,6%	2,3%	2,1%
Gol			0,3%	1,2%
Dkiss			0,6%	1,1%
Disney Channel	1,0%	0,9%	0,7%	0,7%
Real Madrid TV			0,2%	0,5%
Ten			0,4%	0,4%
TV Autonómicas	11,9%	10,9%	10,7%	10,8%
Tematicas Pago	7,8%	8,3%	8,6%	9,4%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de audiencias del expediente.

⁴³<https://www.barloventocomunicacion.es/wp-content/uploads/2018/12/analisis-televisivo-2014-Barlovento.pdf>

En el cuadro de audiencias puede observarse que los canales de televisión gestionados por ATRESMEDIA y MEDIASET presentan una situación similar en cuanto a audiencias; primero, presentan un canal principal con cuotas de audiencia medias en torno al 16-17%, que han ido decreciendo de manera progresiva en los años analizados (Telecinco y Antena 3); después, un segundo canal con audiencias medias en torno al 8% que, en general, se ha mantenido estable, aunque con ciertas fluctuaciones a lo largo del tiempo (Cuatro y la Sexta); por último, el resto de canales presentan menores audiencias, entre el 1% y el 3%. La suma de los canales más pequeños se encuentra en torno al 8% para ambas cadenas, tras haber ido creciendo de manera paulatina. Los canales BE MAD y ATRESERIES entraron en el mercado a finales de 2015.

En el caso del resto de canales nacionales en abierto, que corresponden a los competidores de las dos grandes cadenas, GOL, DKISS y TEN entraron en el mercado también a final de 2015. Los canales que estaban presentes ya en el mercado presentan audiencias en torno al 2% de la audiencia total, mientras que los que han accedido al mercado al final de 2015 presentan audiencias entre el 0,5% y el 1%. El conjunto de estos canales ha crecido paulatinamente desde el 8,3% al 9,5% en los tres primeros años, con un incremento hasta el 11% en 2017, siendo comparable en audiencia total al conjunto de canales de menor audiencia de cada una de las dos grandes cadenas de televisión.

En el caso de la televisión autonómica, sus audiencias se han mantenido esencialmente estables en el entorno del 11%, comparable al segundo canal de los GRUPOS ATRESMEDIA y MEDIASET y al conjunto de canales de menor audiencia de cada una de estas dos grandes cadenas de televisión.

Por último, los canales temáticos de la televisión de pago presentan un ligero crecimiento durante el periodo analizado desde el 7,8% hasta el 9,4%, manteniéndose también en el mismo rango comparable con el conjunto de canales de menor audiencia de las dos grandes cadenas.

b) Datos sobre ingresos e inversión publicitaria

Otro de los parámetros necesarios para la obtención del *power ratio* es el relativo a los ingresos de los canales o grupo de canales. Como dato de partida se ha considerado la información pública facilitada por INFOADEx⁴⁴ -fuente comúnmente aceptada como referencia sobre la inversión publicitaria en televisión y en otros

⁴⁴ <https://www.infoadex.es/home/resumen-estudios-infoadex/>

medios- en sus resúmenes de los Informes Anuales sobre Inversión Publicitaria en España, y las notas de prensa difundidas por INFOADEx con motivo de la presentación de dichos informes. En el caso de la inversión publicitaria en televisión, los datos publicados por INFOADEx desglosan la inversión publicitaria en televisión en diferentes grupos.

La tabla siguiente recoge los datos sobre la inversión publicitaria en televisión en España, publicados por INFOADEx, para el periodo considerado y para los canales de televisión que se están analizando:

Inversión publicitaria (Millones €)	2014	2015	2016	2017
Total canales analizados	1.889,1	2.009,3	2.119,8	2.140,2
<i>Mediaset España</i>	836,0	873,0	918,5	927,0
<i>Atresmedia</i>	784,0	846,0	893,0	887,0
<i>Mediaset+Atresmedia</i>	1.620,0	1.719,0	1.811,5	1.814,0
<i>Resto Nacionales en abierto</i>	81,1	86,1	100,0	117,4
Total TV Nacional en abierto	1.701,1	1.805,1	1.911,5	1.931,4
TV Autonómicas	128,7	132,3	126,9	114,2
Canales temáticos pago	59,3	71,9	81,4	94,6

Fuente: elaboración propia a partir de los datos publicados por INFOADEx.

Finalmente, es necesario establecer el porcentaje de la inversión publicitaria de cada canal o grupo de cadenas, sobre la inversión total considerada, lo que se obtiene directamente de la tabla anterior. El resultado es el siguiente:

Cuota de inversión sobre Total canales analizados	2014	2015	2016	2017
Total canales analizados	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
<i>Mediaset España</i>	44,3%	43,4%	43,3%	43,3%
<i>Atresmedia</i>	41,5%	42,1%	42,1%	41,4%
<i>Mediaset+Atresmedia</i>	85,8%	85,6%	85,5%	84,8%
<i>Resto Nacionales en abierto</i>	4,3%	4,3%	4,7%	5,5%
Total TV Nacional en abierto	90,0%	89,8%	90,2%	90,2%
TV Autonómicas	6,8%	6,6%	6,0%	5,3%
Canales temáticos pago	3,1%	3,6%	3,8%	4,4%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos publicados por INFOADEx.

c) *Resultado del análisis del power ratio*

A partir de los datos anteriores es posible obtener el *power ratio* de los diferentes conjuntos de canales considerados:

Power ratios agregados	2014	2015	2016	2017
Total canales analizados	1,00	1,00	1,00	1,00
Mediaset España	1,16	1,15	1,18	1,24
Atresmedia	1,22	1,24	1,23	1,24
Mediaset+Atresmedia	1,19	1,19	1,20	1,24
Resto Nacionales en abierto	0,52	0,49	0,50	0,49
Total TV Nacional en abierto	1,12	1,11	1,12	1,13
TV Autonómicas	0,57	0,60	0,56	0,49
Canales temáticos pago	0,40	0,43	0,45	0,47

Fuente: elaboración propia a partir de los datos publicados por INFOADEX.

Como puede observarse en el cuadro anterior, las dos grandes cadenas de televisión han mantenido un *power ratio* superior a la unidad durante el periodo analizado, hasta quedar en 1,24 para ambas cadenas en 2017. El resto de canales nacionales en abierto mantienen un *power ratio* con muy escasas variaciones en el entorno de 0,5. Por su parte, el conjunto de televisiones autonómicas ha visto reducir de manera progresiva su *power ratio* hasta situarse en el entorno del 0,5. Por último, los canales temáticos de pago han visto crecer su *power ratio* hasta situarse en el entorno del 0,5.

En definitiva, **los competidores de las dos principales cadenas han visto como su *power ratio* se mantiene en todos los casos en el entorno de 0,5, mientras que el de MEDIASET y ATRESMEDIA se encuentra en general en el entorno del 1,2. En promedio, 2,4 veces más elevado que en el caso de sus competidores.**

No obstante lo anterior, podría considerarse que los canales de mayor audiencia de las dos grandes cadenas pueden presentar un *power ratio* elevado por ofrecer elevadas coberturas que no pueden ofrecer los canales competidores, y a su vez elevan el *power ratio* del resto de canales del grupo, lo que determina un valor superior para el conjunto.

Por este motivo, interesa realizar el mismo análisis de forma desagregada, calculando el *power ratio* de cada uno de los canales. Con ello, además, se da respuesta a las alegaciones de ATRESMEDIA en las que presenta un análisis del *power ratio* desagregado por canales para defender que no existe una gran diferencia de *power ratio* entre los canales minoritarios de ambos grupos televisivos y los terceros canales alternativos.

Para ello, se ha tenido en consideración la información sobre ingresos publicitarios facilitada por el GRUPO ATRESMEDIA (folios 301 y 7435) y por el GRUPO MEDIASET (folio 7415) con información de ingresos desagregada por canales⁴⁵. Al objeto de permitir una comparación homogénea de los datos, los ingresos totales son los ingresos aportados por las diferentes cadenas durante el expediente.

También se han excluido del análisis al canal BOING de MEDIASET para permitir una comparativa más correcta dado que, este canal, se ha comercializado de manera independiente, y al canal Disney Channel que se dirige también a un público infantil.

Los valores del *power ratio* calculados para los distintos canales se recogen en la tabla siguiente:

Canal	2014	2015	2016	2017
Mediaset España	1,12	1,17	1,25	1,35
Telecinco	1,11	1,22	1,32	1,41
Cuatro	1,15	1,13	1,19	1,36
Resto Canales Mediaset	1,08	1,09	1,10	1,17
FDF	1,16	1,16	1,07	1,21
Divinity	1,04	1,06	1,15	1,24
Energy	0,96	1,00	1,15	1,11
Be Mad			0,78	0,98
Atresmedia	1,27	1,20	1,13	1,10
Antena 3	1,37	1,36	1,25	1,17
La Sexta	0,92	0,98	0,99	1,02

⁴⁵ En determinados casos de venta a coste GRP, parte de la información de ingresos facilitada por ambas cadenas se refiere a un determinado paquete o módulo, sin desagregar para cada uno de los canales del paquete. En estos casos se ha adoptado como criterio distribuir los ingresos de manera proporcional a los GRP de cada uno de los canales del módulo en el periodo considerado, tomando como base los datos de GRP facilitados por KANTAR MEDIA para cada uno de los canales y que obran en el expediente (folio 7630). Igualmente, los datos aportados por ATRESMEDIA y MEDIASET se refieren a la publicidad en medios convencionales.

Resto Canales Atresmedia	1,11	1,11	1,07	1,04
Neox	1,16	1,16	1,25	1,16
Nova	1,24	1,29	1,19	1,11
Mega		0,62	0,81	0,78
Atreseries		0,00	0,81	1,08
La Sexta 3	0,92			
Nitro	0,97			
Xplora	0,74			
Resto Nacionales Abierto	0,38	0,40	0,43	0,42
Trece	0,09	0,10	0,09	0,13
Paramount Channel	0,44	0,47	0,52	0,51
Dmax	0,65	0,73	0,84	0,81
Gol			0,25	0,24
Dkiss			0,55	0,59
Real Madrid TV			0,06	0,09
Ten			0,57	0,77
TV Autonómicas	0,63	0,65	0,63	0,58
Temáticas Pago	0,45	0,46	0,50	0,55

Fuente: elaboración propia a partir de los datos publicados por INFOADEX e información del expediente.

Como se ha señalado con anterioridad, dado que desde la perspectiva de la comercialización de los contenidos publicitarios las audiencias son agrupadas en *targets* genéricos, las cadenas con audiencias similares tendrán un atractivo comercial también similar para los anunciantes, por lo que su comparación es posible.

Así, la primera comparación relevante sería la comparación entre el *power ratio* del segundo canal de audiencia de cada una de las dos grandes cadenas, Cuatro y La Sexta, frente a las cadenas autonómicas y las televisiones temáticas de pago, ya que estos presentan audiencias equiparables en muchos casos. La siguiente tabla muestra las audiencias y los *power ratios* para cada uno de los años analizados.

2014		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Cuatro	8,80%	1,15
La Sexta	9,73%	0,92
TV Autonómicas	11,94%	0,63
Temáticas Pago	7,81%	0,45
2015		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Cuatro	9,00%	1,13

La Sexta	9,65%	0,98
TV Autonómicas	10,95%	0,65
Temáticas Pago	8,34%	0,46
2016		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Cuatro	8,14%	1,19
La Sexta	9,23%	0,99
TV Autonómicas	10,71%	0,63
Temáticas Pago	8,58%	0,50
2017		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Cuatro	7,66%	1,36
La Sexta	8,71%	1,02
TV Autonómicas	10,81%	0,58
Temáticas Pago	9,39%	0,55

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del expediente

Como se puede observar, en todos los casos los segundos canales de los dos grandes grupos presentan *power ratio* significativamente más elevados que las cadenas autonómicas y las temáticas de pago. En el año 2017, por ejemplo, los *power ratio* de Cuatro y La Sexta duplican los *power ratio* de sus competidores para audiencias equiparables.

Se podría argumentar que la comparación anterior no es relevante, ya que las cadenas autonómicas no tienen la misma cobertura que las cadenas nacionales y que el bajo *power ratio* de las cadenas de pago podría deberse al modelo de negocio de los mismos, ya que estos últimos obtienen ingresos también por parte de sus abonados y por tanto no tienen la misma necesidad de rentabilizar los espacios publicitarios.

Por ello, para reforzar el análisis anterior, se han realizado dos comparaciones adicionales. Así, la siguiente tabla muestra la audiencia y el *power ratio* de las cadenas de menor audiencia de los dos grupos y las cadenas independientes que han emitido contenidos durante todo el periodo de infracción.

2014		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Divinity	2,66%	1,04
Energy	1,95%	0,96
Neox	3,04%	1,16
Nova	3,14%	1,24
Trece	2,14%	0,09

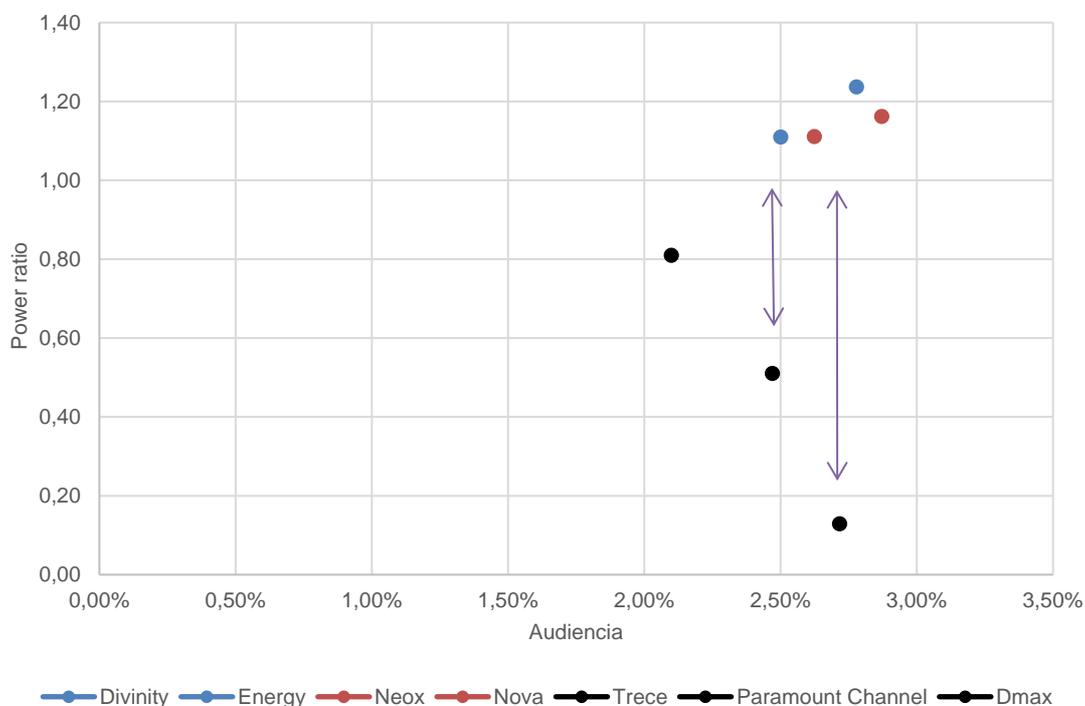
Paramount Channel	2,53%	0,44
Dmax	2,66%	0,65
2015		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Divinity	2,88%	1,06
Energy	1,89%	1,00
Neox	2,98%	1,16
Nova	3,07%	1,29
Mega	1,24%	0,62
Trece	2,67%	0,10
Paramount Channel	2,57%	0,47
Dmax	2,57%	0,73
2016		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Divinity	2,94%	1,15
Energy	2,35%	1,15
Neox	2,88%	1,25
Nova	2,69%	1,19
Mega	2,26%	0,81
Trece	2,69%	0,09
Paramount Channel	2,29%	0,52
Dmax	2,32%	0,84
2017		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Divinity	2,78%	1,24
Energy	2,50%	1,11
Neox	2,87%	1,16
Nova	2,63%	1,11
Mega	2,19%	0,78
Trece	2,72%	0,13
Paramount Channel	2,47%	0,51
Dmax	2,10%	0,81

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del expediente

Como puede observarse, los canales de los operadores independientes en el mercado muestran *power ratio* inferiores a los canales con audiencias similares pertenecientes a las dos grandes cadenas. Así, en el año 2017, Trece, con una audiencia del 2,72%, tenía un *power ratio* de 0,13, mientras que Divinity (MEDIASET) con una audiencia de 2,78%, tenía un indicador de 1,24, y Neox (ATRESMEDIA) con una audiencia de 2,87 tenía un indicador de 1,16. Lo mismo sucede si se comparan Energy (MEDIASET) y Nova (ATRESMEDIA) con una audiencia de 2,50% y 2,63%, respectivamente, con Paramount

Channel, con una audiencia de 2,47%: mientras que Energy y Nova muestran una ratio de 1,11, Paramount Channel muestra una ratio de 0,51. Es decir, la ratio que obtienen los canales que se vende empaquetados es el doble al ratio del canal independiente.

Para mostrar de forma más ilustrativa las diferencias entre los *power ratios* de los diferentes operadores en el mercado se ha realizado la figura que se presenta a continuación. Esta gráfica muestra los *power ratio* del año 2017 correspondientes a Divinity y Energy (Mediaset), Neox y Nova (Atresmedia), Trece, Paramount Channel y Dmax. El eje vertical muestra el indicador de cada una de las cadenas y el eje horizontal la audiencia correspondiente.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del expediente

Como puede observarse, a pesar de que todas las cadenas incluidas en el gráfico tienen unas audiencias que oscilaron en torno al 2-3%, los *power ratios* difieren mucho. Los indicadores de eficacia de las cadenas pequeñas pertenecientes a los dos grandes grupos se sitúan en torno a 1,2, mientras que las cadenas independientes se sitúan en todos los casos significativamente por debajo de 1.

Se obtienen las mismas conclusiones si se analizan los canales que han empezado a operar en el mercado a partir del 2015. La tabla que se muestra a continuación contiene las cuotas de audiencia y los *power ratios* de 2016 y 2017 para Atreseries,

Bemad, Gol, Dkiss, Real Madrid TV y Ten. Todas estas cadenas comenzaron su emisión a la vez, pero la evolución de sus ratios de eficacia difiere.

2016		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Be Mad	0,50%	0,78
Atreseries	0,96%	0,81
Gol	0,31%	0,25
Dkiss	0,56%	0,55
Real Madrid TV	0,19%	0,06
Ten	0,37%	0,57
2017		
Canales	Cuota de audiencia	Power ratios
Be Mad	0,74%	0,98
Atreseries	1,48%	1,08
Gol	1,17%	0,24
Dkiss	1,05%	0,59
Real Madrid TV	0,46%	0,09
Ten	0,43%	0,77

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del expediente

Así, si se compara la evolución de Be Mad (Grupo Mediaset) y Dkiss, se puede observar que la evolución en sus audiencias ha sido similar. En 2016 el primero tenía una audiencia de 0,50%, mientras que el segundo tenía una audiencia de 0,56%. El año siguiente ambas cadenas han conseguido aumentar su audiencia: Be Mad tiene un 0,74% de audiencia y Dkiss un 1,05% de audiencia. A pesar de que las dos cadenas han tenido una evolución similar en cuanto a la audiencia (algo más favorable para Dkiss), sus *power ratios* han evolucionado de manera distinta. En 2016 ambos indicadores de eficacia se situaban en niveles similares, un 0,78 para Be Mad y un 0,55 para Dkiss. Pero en 2017, a pesar de que el aumento en la audiencia de la cadena independiente ha sido mayor, la diferencia entre los *power ratio* ha aumentado: Be Mad tiene un *power ratio* de 0,98 mientras que el de Dkiss apenas ha variado (0,59).

D) Conclusión del análisis del power ratio

El *power ratio* es un indicador de eficiencia de los canales de televisión, y en este mercado se puede observar claramente cómo las prácticas de ATRESMEDIA y MEDIASET han tenido como efecto concentrar inversión publicitaria en sus canales

de menor audiencia y merman la eficiencia en el mercado del resto de competidores con canales equiparables a los de las dos grandes cadenas en audiencia.

Los resultados del análisis del *power ratio* de los canales muestran con claridad las dificultades que las cadenas independientes encuentran para rentabilizar sus audiencias y para obtener los ingresos que les corresponderían según las mismas. Si los operadores tienen dificultades para rentabilizar sus audiencias durante un largo plazo la presión competitiva que puedan ejercer irá disminuyendo. Además, su viabilidad a largo plazo podría verse comprometida, por lo que los problemas de competencia derivados de las prácticas de ATRESMEDIA y MEDIASET podrían incrementarse.

El análisis presentado en esta sección pone de manifiesto que las conductas imputadas no solo tienen la potencialidad de producir efectos anticompetitivos, sino que hay evidencias suficientes para concluir que esos efectos se han producido.

4.7. Análisis de eficiencias

El apartado 3 del artículo 1 de la LDC indica que la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:

- i. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- ii. No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
- iii. No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

El artículo 101.3 del TFUE establece unas condiciones muy similares.

Dado que las condiciones son acumulativas, si no se cumple una de ellas no se aplicaría la excepción.

ATRESMEDIA ha indicado que la negociación de cuotas presupuestarias redunda en su beneficio y en el de su cliente en la medida en que la información sobre la cuota o volumen de producto y el compromiso contribuyen a la correcta planificación de sus respectivos negocios. Así, el cliente cuenta con la garantía de

espacio suficiente para satisfacer un determinado porcentaje o cuota de su planificación publicitaria en términos de cobertura e impactos perseguidos y ATRESMEDIA está en disposición de planificar su propia oferta al mercado y gestionar sus previsiones presupuestarias.

Esta Sala considera que estas supuestas eficiencias alegadas por ATRESMEDIA no derivan del establecimiento de cuotas relativas, sino del establecimiento de un sistema de comercialización basado en la venta de impactos publicitarios (venta a coste GRP).

En particular, este sistema de comercialización a coste GRP, para el que no es imprescindible la venta en paquetes, ni la pauta única o *simulcast*, ni la imposición de cuotas relativas a anunciantes o agencias de medios, es el que permite al anunciante saber cuántos impactos publicitarios va a conseguir en los diversos canales que contrate con estos operadores de televisión, a la vez que permiten a ATRESMEDIA optimizar los espacios publicitarios disponibles, evitando que queden huecos sin publicidad en su programación en especial en las franjas horarias con una audiencia apreciable.

Por su parte, MEDIASET ha señalado que la emisión de publicidad en *simulcast* "se realiza, entre otras razones, por una mayor facilidad de gestión de los espacios publicitarios y, por tanto, de reducción de costes del operador".

Sin embargo, esta Sala considera que el *simulcast* no facilita en la práctica la gestión de la publicidad ya que, aunque puede ser más fácil emitir el anuncio de forma simultánea en todos los canales a la vez, se incrementan los problemas para encontrar los momentos temporales adecuados para emitir la publicidad, ya que los ritmos de los programas de los distintos canales son diferentes y se incrementan los riesgos de que las pausas en los canales secundarios se produzcan en momentos incompatibles con lo previsto en el artículo 14.4 de la LGCA.

En todo caso, incluso si las anteriores eficiencias alegadas por ATRESMEDIA o MEDIASET fuesen reales, las mismas no se han cuantificado y previsiblemente no son especialmente significativas, en particular, si se comparan con las distorsiones competitivas que se generan en el mercado.

Adicionalmente, esta Sala considera que sería muy improbable que esas supuestas eficiencias, de haberlas, se estuvieran trasladando de forma significativa a los anunciantes, a la luz de las manifestaciones realizadas por los anunciantes consultados y de la información estadística facilitada por ATRESMEDIA y MEDIASET.

Algunos anunciantes indican que la imposición de cuotas les impide seleccionar los canales deseados ya que la venta se produce por módulos de forma empaquetada y se ven obligados a invertir en canales dirigidos a un público no deseado, lo que detrae recursos para invertirlos en otros canales de televisión más afines.

Asimismo, algunos anunciantes ponen de manifiesto que, incluso aceptando una cuota para el grupo en su conjunto, se les impide realizar modificaciones de cuota entre los módulos que les permitirían hacer publicidad de sus campañas en, al menos, alguno de los canales con audiencia más afín a sus intereses, lo que incide de manera negativa en la eficacia de la acción publicitaria.

Esta Sala considera, a la vista de lo anterior, que no se cumple la primera de las condiciones para que se aplique a los acuerdos verticales analizados la excepción prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de esta Sala tampoco se cumple la segunda condición, ya que las restricciones no son indispensables para lograr los objetivos perseguidos, existiendo otras menos lesivas para los intereses de anunciantes y, en última instancia, derivarían en un incremento de los precios de los productos anunciados para los consumidores.

4.8. Conclusión sobre la valoración de las conductas

Esta Sala considera que las conductas de MEDIASET y ATRESMEDIA son constitutivas de sendas infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, así como del artículo 101 del TFUE, consistentes en la inclusión en sus acuerdos con los principales anunciantes y las principales agencias de medios de las siguientes restricciones verticales:

- a) El establecimiento de un sistema de comercialización conjunta que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación de paquetes de canales, así como la utilización de un sistema de comercialización de la publicidad en televisión en *simulcast*, por el que un mismo anuncio se emite de forma simultánea en varios canales de televisión, que afectan a la gran mayoría de los anuncios comercializados.
- b) La fijación de cuotas relativas de contratación de publicidad televisiva a los anunciantes, que afecta a la práctica totalidad de las campañas publicitarias contratadas.

- c) La fijación de un sistema de retribución por extraprimas a las agencias de medios por su intermediación, que genera incentivos a la concentración de la publicidad en sus módulos y canales.

El conjunto de restricciones verticales incluidas en los respectivos acuerdos de los dos grupos televisivos con sus anunciantes –cuya cuota conjunta es de alrededor del 85%–, ha provocado efectos restrictivos de la competencia en el mercado de la publicidad televisiva en España cuyos principales perjudicados son los canales alternativos que no forman parte de los dos grandes grupos televisivos.

El artículo 62.3 a) de la LDC califica de infracción grave *el desarrollo de conductas en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales*”.

Tratándose de una infracción derivada de la existencia de acuerdos verticales entre empresas que no compiten entre sí, cabe calificar la infracción de cada una de las empresas como infracción grave, con las consecuencias sancionadoras previstas en el artículo 63 de la LDC.

4.9. Duración de la conducta. El carácter único y continuado de la infracción

Es profusa la jurisprudencia, nacional y de la Unión Europea, que viene señalando que la imputación de una infracción única y continuada debe estar precedida de la concurrencia de los siguientes requisitos⁴⁶: i) que la conducta obedezca a la existencia de una pluralidad de actos llevados a cabo por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, y que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; ii) que la actuación de los responsables se produzca en ejecución de un plan previamente concebido; iii) que exista unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza. En cuanto a la continuidad de la conducta, la jurisprudencia

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11, apartado 41; sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2013 y de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013).

únicamente exige que no haya grandes saltos temporales de inactividad o falta de pruebas del mantenimiento de los acuerdos anticompetitivos⁴⁷.

A tenor de los citados requisitos, resulta evidente que MEDIASET y ATRESMEDIA han cometido, cada una de ellas, una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Las conductas de ambos grupos televisivos han tenido lugar desde, al menos, el año 2013 –fecha en que todos los mecanismos de restricción estarían en funcionamiento– hasta, al menos, el año 2017.

La continuidad de cada infracción resulta evidente si tenemos en cuenta que los acuerdos restrictivos se han venido sucediendo, sin solución de continuidad, desde el año 2013.

Por otro lado, el hecho de que las conductas hayan sido realizadas por los mismos sujetos responsables durante todo el periodo infractor, que los acuerdos restrictivos se hayan mantenido durante todo el periodo infractor, y que el conjunto de conductas vulneren los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, son claros indicadores de la existencia de dos infracciones únicas cometidas respectivamente por cada una de las empresas sancionadas.

4.10. Análisis de culpabilidad

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas como contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En efecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, siendo imprescindible el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable al sujeto pasivo autor de la conducta⁴⁸. Así se interpreta la expresión recogida en

⁴⁷ Entre otras, sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava), de 19 de mayo de 2010 (asunto T-18/05); sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p), sentencias de la Audiencia Nacional 21 de febrero de 2013 y de 19 de junio de 2013.

⁴⁸ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁴⁹, cuando establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, debiendo necesariamente imputar dicha responsabilidad a título de dolo o culpa, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Esta Sala considera que las empresas responsables de las infracciones debían conocer y ser conscientes de que sus conductas podían estar ocasionando serios efectos restrictivos en el mercado.

Tal consideración viene sustentada, entre otros motivos, por el hecho de que los dos grandes grupos televisivos son consecuencia de sendas operaciones de concentración (C/0432/12, ANTENA 3/LA SEXTA y C/0230/10 TELECINCO/CUATRO) y en aquellos procedimientos se analizaron los problemas de competencia que pueden ocasionar este tipo de condiciones adoptadas por las entidades resultantes de ambas operaciones de concentración.

En este sentido, es preciso señalar que tanto ATRESMEDIA como MEDIASET han sido sancionadas por incumplimientos en sus respectivos expedientes de vigilancia de las concentraciones por cuestiones relativas a la forma de comercialización de la publicidad.

Este conocimiento de las consecuencias de este tipo de conductas por parte de ambas empresas, lleva a esta Sala a considerar que concurre el elemento de culpabilidad en las conductas de ambos grupos televisivos.

QUINTO. RESPUESTA AL RESTO DE LAS ALEGACIONES E INFORMES ECONÓMICOS PRESENTADOS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

Las empresas han presentado alegaciones a la propuesta de resolución. Parte de las alegaciones presentadas ya han sido contestadas en los apartados anteriores de esta resolución o ya lo han sido reiteradamente a lo largo del expediente siendo asumidas por esta Sala que, para evitar reiteraciones, no se repiten en este momento; el resto son respondidas a continuación.

⁴⁹ Anterior artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5.1. Sobre el mercado afectado

MEDIASET alega que el análisis del mercado realizado por la DC es erróneo, en primer lugar, porque a excepción de la televisión, que utiliza como soporte a la red de TDT, los servicios de televisión se encuentran liberalizados desde el punto de vista regulatorio, estando sometidos únicamente a la obligación de comunicación previa a la autoridad audiovisual antes de iniciarse la prestación del servicio. Por esta razón, no puede afirmarse, según señala, que existen importantes barreras de entrada, al menos desde el punto de vista regulatorio.

Asimismo, indica que el mercado audiovisual en España no es un mercado maduro y que la existencia de una convergencia tecnológica importante no ha sido adecuadamente ponderada en el expediente y también ha ignorado la ausencia de estabilidad del mercado de la publicidad en televisión en todos los sentidos.

Según indica la citada empresa, los medios y plataformas digitales ejercen una gran presión sobre el resto de medios, incluida la televisión, lo que podría suponer una redirección de la inversión publicitaria hacia el soporte digital.

En particular, MEDIASET señala que los datos de INFOADDEX muestran que, en la última década, el mercado publicitario total ha caído a una tasa de crecimiento anual compuesto (CAGR) del 3% y que Internet junto con el cine son los únicos que muestran un crecimiento neto durante el periodo y crecen a una tasa anual compuesta del 11% y del 5% respectivamente. Por su parte, la inversión en televisión ha caído a una tasa anual compuesta del 4%.

Por su parte, ATRESMEDIA considera que el análisis de mercado realizado por la DC ignora conscientemente los informes y pruebas contenidas en el informe económico presentado como anexo a sus alegaciones, cuya conclusión es que existe competencia entre la publicidad en televisión y la publicidad digital.

Finalmente, la FORTA considera que el análisis de mercado efectuado por la DC se ha realizado con base en la información actualizada sobre la situación del mismo, que se ha valorado la evolución de la oferta y la demanda y considerado la estructura y el contexto competitivo en que el mismo se encuentra. Asimismo, la citada entidad indica que cabe concluir que no puede considerarse como parte integrante del mismo mercado a la publicidad en Internet o en plataformas de vídeo digitales ya que no se trata de medios sustitutivos sino, en todo caso, complementarios.

Respuesta de la Sala

En España la TDT en abierto llega a la práctica totalidad de los hogares y es la principal plataforma de distribución de la televisión en nuestro país. En el año 2017, un 77,1% del consumo televisivo se realizó a través de la plataforma de TDT, mientras que el 22,3% se realizó a través de plataformas de televisión de pago. A mayor abundamiento, el consumo de televisión a través de plataformas de pago se concentra igualmente en los canales de TDT en abierto, de manera que las cuotas de los canales de televisión temáticos de pago solamente representaron en 2017 el 7,8% de cuota de pantalla, correspondiendo el 93% a los canales de TDT en abierto. Estos datos se mantienen en 2018, año en el que la plataforma TDT concentró el 75% del consumo televisivo frente al 25% de las plataformas de pago. Los canales temáticos de pago bajaron su cuota de audiencia hasta el 7,6%, en favor de los canales de TDT en abierto.

A partir de los citados datos, que reflejan que la TDT es la plataforma mayoritaria para consumir televisión en abierto, cabe volver a incidir en que estamos ante un mercado con fuertes barreras legales.

A pesar del incremento del número de operadores en el mercado, este se encuentra limitado legalmente, dado que para poder realizar la difusión de los canales de televisión mediante el uso de ondas hertzianas (principal medio de transmisión de la televisión en abierto) es necesaria una licencia audiovisual previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente, de acuerdo con lo dispuesto en la LGCA. El número de licencias disponibles viene determinado por el correspondiente Plan Técnico Nacional de Televisión, aprobado conforme a lo previsto en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

La LGCA establece, asimismo, determinadas limitaciones a la capacidad de emisión de la publicidad por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva. Esta Ley declara el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva a emitir mensajes publicitarios, pero limita el ejercicio de este derecho a la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. La Ley establece que, para el cómputo de esos 12 minutos, se tendrá solo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento.

En este contexto, la oferta en el mercado de la publicidad en televisión en España es rígida, ya que tanto el número de licencias audiovisuales de televisión en abierto como el número de minutos que los operadores pueden dedicar a la emisión de mensajes publicitarios se encuentran limitados. Asimismo, la capacidad de los

distintos operadores de televisión para generar impactos publicitarios depende de su capacidad para atraer espectadores.

Por tanto, esta Sala concluye que el mercado de publicidad televisiva en España es un mercado con fuertes barreras a la entrada y limitaciones de la oferta muy significativas en la medida en que la regulación restringe el tiempo destinado a la publicidad, así como el número de licencias de TDT que son esenciales para el modelo de negocio de las televisiones en abierto, basado en la publicidad. En particular, los operadores televisivos no controlan directamente su capacidad de generar impactos publicitarios (GRP), que es la principal vía de comercialización de publicidad televisiva para todos los operadores, incluidos MEDIASET y ATRESMEDIA.

En lo que respecta a la madurez del mercado, cabe indicar que las audiencias se han mantenido estables a lo largo del tiempo de modo que el incremento de audiencia de una cadena se realiza a costa de una redistribución de las audiencias del resto de canales. Así, la capacidad de generación de GRP de las cadenas depende de la audiencia que su programación consiga atraer, habiendo una inercia muy significativa en la audiencia de los principales canales.

De acuerdo con la información facilitada por KANTAR MEDIA, la estructura del mercado en términos de audiencia y de GRP es la siguiente:

GRPs 20" GENERADOS POR LOS OPERADORES DE TV Y AUDIENCIA DE LOS OPERADORES (número y cuota) (16+)																
	2014				2015				2016				2017			
	GRP 20"		AUD		GRP 20"		AUD		GRP 20"		AUD		GRP 20"		AUD	
	Nº	%	%	%												
MEDIASET	1.001.120,6	43,7	29,7	35,7	1.011.985,7	41,8	30,6	36,7	1.029.458,9	41,3	29,8	35,7	1.003.758,2	41,3	28,4	34,0
ATRESMEDIA	818.193,7	35,7	26,5	31,8	917.942,8	37,9	27,5	32,9	954.947,9	38,3	27,8	33,3	907.170,4	37,3	27,2	32,6
OTRAS PRIVADAS EN ABIERTO	176.136,1	7,7	6,7	8,0	194.448,4	8,0	7,2	8,7	222.199,8	8,9	7,8	9,3	250.064,0	10,3	9,2	11,0
AUTONÓMICAS	192.208,9	8,4	9,3	11,2	187.862,1	7,8	8,8	10,6	183.723,3	7,4	8,7	10,4	163.008,5	6,7	8,8	10,5
CANALES DE PAGO	74.218,6	3,2	6,1	7,3	80.425,6	3,3	6,7	8,1	83.060,3	3,3	6,9	8,3	87.501,8	3,6	7,6	9,1
RTVE	27.090,3	1,2	16,8		29.480,3	1,2	16,7		20.856,6	0,8	16,8		19.234,8	0,8	16,7	
Resto de cadenas			4,9	5,9			2,6	3,1			2,4	2,9			2,2	2,7
TOTAL	2.288.968,2	100,0	100,0	100,0	2.422.144,9	100,0	100,0	100,0	2.494.246,8	100,0	100,0	100,0	2.430.737,7	100,0	100,0	100,0

Fuente: Elaboración propia con base en información aportada por KANTAR MEDIA

De lo anterior se desprende que el grado de concentración de la oferta es muy elevado, teniendo los dos principales operadores del mercado, ATRESMEDIA y MEDIASET, una cuota conjunta del 78,6% en términos de GRP y del 84,7% en términos de inversión publicitaria, seguidos a una gran distancia del resto de competidores. En términos de audiencia, la cuota conjunta en 2017 fue del 66,6% (excluida la audiencia de RTVE que apenas participa en el mercado de la

publicidad). Se trata, así, de una estructura de mercado caracterizado por el predominio de dos operadores con independencia del criterio de medición del tamaño del mercado que, además, es bastante estable en términos de GRP y de audiencias.

Además, a diferencia de lo que indica MEDIASET, no se ha producido un trasvase de la inversión publicitaria hacia el soporte digital.

En este sentido, los propios informes de referencia para el mercado publicitario español elaborados por INFOADEx⁵⁰ muestran la evolución de la inversión publicitaria en televisión en España en los últimos seis años:

Publicidad en TV	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Inversión(millones €)	1.703,4	1.890,4	2.011,3	2.121,9	2.143,3	2.127,2
variación %		11,0%	6,4%	5,5%	1,0%	-0.8%

Como puede observarse, la inversión en publicidad en televisión ha crecido un 24,9% en los últimos seis años, presentando crecimientos sostenidos durante todos los años salvo una leve caída en 2018.

El crecimiento de la publicidad en Internet no ha implicado un trasvase de inversión publicitaria desde el medio televisivo, sino que, por el contrario, la publicidad en televisión ha crecido a una tasa media anual superior al 4,8% anual en el periodo 2013-2018.

En este sentido, una serie de informes publicados por el propio GRUPO ATRESMEDIA vienen a confirmar tal consideración. Así, por ejemplo, la presentación a inversores de junio de 2017⁵¹ recoge separadamente ambos mercados (página 2); muestra la evolución de los distintos soportes publicitarios, destacando la independencia de la televisión frente a internet (página 3); y destaca cómo la televisión es el único medio para alcanzar un alto nivel de cobertura, en comparación con las plataformas de video online (páginas 5 y 19). Asimismo, el informe ROI Notoriedad Multimedia 2017, recogido en una de las páginas web del GRUPO ATRESMEDIA⁵², destaca que la televisión es el medio más rentable y

⁵⁰ <https://www.infoadex.es/home/resumen-estudios-infoadex/>

⁵¹ https://www.atresmediacorporacion.com/documents/2017/06/27/84C7AD6A-A895-4228-B7F6-84027B01DFF6/jun17presentation_to_investorsatresmedia.pdf

⁵² <https://www.atresmediapublicidad.com/television/noticias/informesyestudios/>. Existen otros en esta misma dirección web.

eficaz y concluye que para optimizar la notoriedad, la cuota de inversión en televisión debe ser del 65,6%, siendo la televisión el medio que genera mayor ROI (Return on Investment o Rendimiento sobre la inversión).

Finalmente, en relación con la alegación de ATRESMEDIA relativa a la omisión de la valoración de los informes presentados en el informe económico anexo a sus escritos de alegaciones en los que se demostraría la competencia entre la publicidad en televisión y la publicidad digital, al margen de las conclusiones ya señaladas en el apartado sobre el análisis de mercado de esta resolución sobre la ausencia de sustituibilidad entre ambas plataformas, cabe indicar que la mayoría de los citados informes se refieren a análisis prospectivos del sector, por lo que su aplicación práctica al presente expediente, en el que se valoran una conductas realizadas entre los años 2013 a 2017, resulta irrelevante a estos efectos.

5.2. Sobre la incorrecta tipificación de la conducta

ATRESMEDIA considera que la DC ha infringido el principio de tipicidad al subsumir en el artículo 1 de la LDC conductas que, según señala, deberían ser analizadas en el marco del artículo 2 de la citada norma como un posible abuso de posición de dominio colectivo.

Para desvirtuar la calificación de la conducta como restricción vertical prohibida por el artículo 1 de la LDC, ATRESMEDIA afirma que resulta contradictorio reputar bilateral una conducta infractora que luego se imputa a una sola de las dos partes, ignorando a la otra, cuya participación es necesaria para sostener la existencia de bilateralidad.

ATRESMEDIA indica que los precedentes sobre el tratamiento de conductas con efectos de exclusión como restricciones verticales se encuentran centrados en situaciones en las que el efecto exclusión en el mercado *upstream* (en el que compiten los proveedores por los distribuidores) tiene efectos restrictivos de la competencia constatables en el mercado *downstream* (en el que compiten los distribuidores por los clientes finales).

Cita el asunto Cervezas Canarias 2, ya analizado en esta resolución, y señala que en ese expediente se consideró que los acuerdos de distribución suscritos por el principal fabricante de cerveza de las Islas Canarias con puntos de venta minoristas, a los que imponía una obligación de compra de cantidades mínimas, tuvieron efectos sobre la competencia intermarca en el mercado *downstream*, limitando la oferta a disposición del consumidor final en el punto de venta.

Como conclusión, la citada empresa señala que a la vista de la práctica existente en aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC a situaciones de exclusión de competidores, cabe extraer la conclusión de que la primera de ambas normas será la base jurídica apropiada cuando la restricción analizada sea efectivamente vertical (es decir, cuando existan implicaciones para el mercado downstream derivadas de la exclusión en el mercado upstream). En cambio, la prohibición del abuso de posición de dominio será la base jurídica adecuada para el reproche de conductas con efectos de exclusión sobre competidores cuando no existan implicaciones verticales sobre un mercado downstream (lo que ocurrirá siempre que la práctica exclusionaria se produzca con ocasión de una relación proveedor-cliente final).

Finalmente, la citada entidad critica la mención que la DC hace de los precedentes alemanes, ya que considera que la información pública sobre el asunto impide conocer de manera pormenorizada el caso alemán y ello conculca su derecho de defensa.

Respuesta de la Sala

Como han señalado los tribunales, el principio de tipicidad exige que exista una precisa correlación entre el ilícito y la acción imputada, mediante una correcta y adecuada subsunción de los hechos probados en el tipo sancionador predeterminado legalmente⁵³.

La extensa motivación que contiene esta resolución, que confirma las conclusiones previas alcanzadas por la DC, son suficiente garantía para que las partes conozcan de manera precisa los motivos por los que esta Sala ha considerado la aplicación a los hechos acreditados de los artículos citados.

Ya se ha señalado, de manera reiterada, que estamos ante acuerdos entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución; que estos acuerdos han consistido en adoptar políticas comerciales con una serie de condiciones que permiten a los dos grandes grupos televisivos atraer una gran parte de la capacidad de los anunciantes hacia ellos; y que pese a que cada grupo televisivo estaría practicando este tipo de acuerdos de imposición de cantidades de manera individual, es preciso tener en cuenta los efectos acumulados, que implican vincular el 85% de la inversión total de publicidad en televisión en España, lo que provoca un efecto restrictivo de la competencia que afecta, principalmente, al resto de canales que no forman parte del catálogo que ofrecen ambos grupos televisivos

⁵³ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 24 octubre 2005 (Sentencia 1916/05) que alude a la reiterada jurisprudencia al respecto.

y que compiten, principalmente, con los canales considerados secundarios de MEDIASET y ATRESMEDIA.

Por tanto, estas conductas merecen, a juicio de esta Sala, la calificación de restricciones verticales que encuentran encaje en la categoría de imposición de cantidades al comprador y, por tanto, son subsumibles en el tipo sancionador previsto en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que prohíben los acuerdos entre empresas que tengan por objeto y/o efecto restringir la competencia.

Las Directrices de verticales destacan que uno de los posibles riesgos de competencia de este tipo de conductas reside en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, poniendo obstáculos a la entrada o a la expansión (párrafos 100 y 130 de las Directrices). Por tanto, no necesariamente debe existir un efecto directo en el mercado *downstream*, tal como señala ATRESMEDIA, para considerar la existencia de una restricción vertical.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de septiembre de 2013, aludida por ATRESMEDIA, confirma esta consideración al señalar que *“tales factores constituyen elementos suficientes para llegar a la conclusión de la Sala de instancia de que los referidos contratos de adquisición mínima de cerveza, en las circunstancias concurrentes, suponían una conducta infractora del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que podía ocasionar con toda claridad efectos anticompetitivos y de cierre del mercado, perjudicando ostensiblemente las posibilidades competitivas de los restantes proveedores en relación con los establecimientos vinculados. Debemos pues rechazar el motivo”* (el subrayado es nuestro).

Lo anterior es concordante con la idea, admitida jurisprudencialmente, de que en las prácticas prohibidas –ya sea del artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE– quedan incluidas tanto aquellas que tienen un efecto directo sobre los consumidores finales como las prácticas que se refieren a los precios de compra del insumo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros (asunto C-8/08)⁵⁴ ha señalado que los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE tienen la finalidad de proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal.

⁵⁴ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 en el asunto T-655/11.

Tampoco es necesario, tal como alega MEDIASET, que para considerar la bilateralidad de la conducta y, por tanto, resultar aplicables los preceptos señalados, ambas partes del acuerdo deban ser sancionadas.

Existen precedentes de la autoridad de competencia en expedientes sancionadores relativos a infracciones del artículo 1 de la LDC por acuerdos verticales, en los que se ha optado por atribuir la responsabilidad de las conductas objeto del expediente solo a una de las partes del acuerdo y, concretamente, a aquella de la que se predica un poder contractual superior⁵⁵. La resolución del TDC de 11 de julio de 2001 (Expte. 490/00, REPSOL) es clarificadora al respecto:

“Debe, en primer lugar, justificarse la invocación del art. 1 LDC para una serie de actuaciones que se imputan a un solo agente, REPSOL.(...) Tales prácticas exigen, en efecto, algún tipo de concierto de voluntades, en el sentido exigido por la Resolución de 21 de febrero de 2000 al Expte. r 298/99, y una bilateralidad de comportamientos, en el sentido de la Resolución de 22 de marzo de 2000 al Expte. r 397/99. Aunque en determinados momentos del expediente las acciones anticompetitivas se predicen respecto de REPSOL, debe tenerse en cuenta que, en línea con la doctrina utilizada por la Comisión Europea en los expedientes C277/98 Sandoz y C279/87 Tipp-Ex, aceptada después por la sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia al caso T-41/96 Bayer, la conducta aparentemente unilateral puede llevar latente un acuerdo entre operadores si existe una aquiescencia de facto de éstos. En el expediente que se analiza, y a diferencia del citado T-41/96 Bayer, sí puede afirmarse que esa aquiescencia ha existido ya que los gasolineros vinculados con REPSOL han puesto en práctica durante extensos periodos de tiempo las estipulaciones de los contratos, lo que no resulta óbice para que, en algunos casos, hayan contestado judicialmente algunas de sus estipulaciones.

No obstante -y aunque es cierto que el Tribunal ha venido exigiendo que en los casos en que se alega violación del artículo 1 se impute dicha conducta a todas las partes que hayan podido intervenir en el concierto de voluntades- no es menos cierto que, en casos como el que se analiza, en los que existe una fuerte desproporción entre el poder contractual de las partes, por lo que los contratos tienen un claro elemento de adhesión, la imputación multilateral puede resultar desmesurada y dar lugar a serias disfunciones de la economía

⁵⁵ Resolución de 11 de julio de 2001 (Expte. 490/00, REPSOL); resolución de la CNC de 22 de julio de 2009 en el expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/BP; resolución de la CNMC de 12 de marzo de 2017 (Expte. 614/06, Cervezas Canarias 2).

procesal. Por ello, el Tribunal ha considerado que en este caso procede la imputación unilateral a REPSOL de las dos conductas que se alegan como contrarias al art. 1 LDC. (subrayado añadido).

Finalmente, en lo que se refiere al precedente alemán, la Dirección de Competencia se ha limitado a poner de manifiesto la información pública que existe sobre el asunto en la página web de la autoridad de competencia alemana⁵⁶. Se refiere a una conducta similar a la identificada en el presente expediente en relación al sistema de extraprimas y con una estructura de mercado muy similar a la descrita en esta resolución, caracterizada por dos operadores principales, ambos con cuotas en el mercado de publicidad en televisión en el entorno del 40% y el resto de operadores con cuotas inferiores al 6%. Los expedientes se incoaron por los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia alemana y 81 del TCE y se dictaron resoluciones con acuerdo transaccional (“*settlements*”) y una sanción conjunta de 216 millones de euros. En la nota de prensa, se indica que con estas conductas se excluye del mercado de publicidad televisiva a emisoras más pequeñas y menos potentes y, en general, se dificulta el acceso al mercado. Además, se tiene en cuenta la cuota conjunta del mercado de ambas empresas para considerar la conducta restrictiva.

No obstante, en todo caso, no puede generar indefensión el desconocimiento de un precedente que no forma parte del tipo e imputación.

5.3. Sobre los efectos restrictivos de la competencia

A) Alegaciones de ATRESMEDIA

a) Sobre el efecto de la venta conjunta de publicidad

En su informe económico, ATRESMEDIA considera que “*un descuento multiproducto puede ser contrario a la competencia en el mercado vinculante si es tan grande que los competidores con igual grado de eficiencia que solo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto del descuento*”⁵⁷. Por ello, para evaluar si el descuento aplicado es restrictivo, examina

⁵⁶

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2007/30_11_2007_share-deals.html.

⁵⁷ Página 9 del informe económico de ATRESMEDIA.

si el precio incremental del producto vinculado cubre los costes incrementales del mismo.

Para evaluar los costes incrementales utiliza el coste incremental medio a largo plazo (LRAIC son las siglas comúnmente utilizadas por el término en inglés), que es la media de todos los costes, tanto fijos como variables, en los que incurre la empresa para fabricar un determinado producto, pero no incluye los costes comunes.

Para implementar el análisis, ATRESMEDIA clasifica, en primer lugar, entre canales vinculantes y canales vinculados. Así, en el caso del paquete COBERTURA, Antena3 sería el canal vinculante, mientras que Nova, Mega y Atreseries serían los canales vinculados. Por otro lado, en el caso del paquete AFINIDAD, el canal vinculante sería La Sexta y el vinculado Neox.

El objetivo del análisis es decidir si los costes incrementales de los canales vinculados (Nova, Mega, Atreseries y Neox) son mayores o menores que sus precios.

Para calcular los costes incrementales de las cadenas vinculadas, ATRESMEDIA tiene en cuenta los costes de programación y los costes de emisión. El resto de costes (costes de gestión y dirección, costes administrativos, costes de infraestructura y costes de comercialización de publicidad) no se tienen en cuenta por ser costes comunes que no desaparecerían si los canales vinculados se cancelasen. Para repartir los costes incrementales entre los canales vinculados se utiliza el número de GRP generados por cada uno de ellos. Los GRP que se consideran son los correspondientes a los tres principales *targets* comerciales.

Según ATRESMEDIA, la variabilidad de los precios por GRP, que cambian según anunciante y temporada, dificulta la obtención de una referencia de precio para el canal. Para determinar los precios de los canales vinculados de cada módulo la cadena asume que la relación entre los precios incrementales por GRP dentro de un módulo es equivalente a la relación entre los precios de la publicidad de distintos canales obtenida del Catálogo de Tarifas de Publicidad Convencional Spot 20" de ATRESMEDIA.

Finalmente, la citada empresa compara los costes incrementales por GRP con los precios de los GRP y concluye que el sistema de comercialización conjunta no es restrictivo de la competencia. ATRESMEDIA señala que un competidor igualmente eficiente tendría margen suficiente para competir de forma rentable en el mercado

de publicidad de televisión. La citada entidad basa la conclusión en los siguientes datos:

- i) En el 97% de las ofertas, los precios incrementales de los canales minoritarios se sitúan por encima de los costes incrementales medios.
- ii) En media, los precios incrementales de los canales minoritarios son un 136% superiores a sus costes incrementales.

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que el análisis realizado por ATRESMEDIA consistente en el test del competidor con igual grado de eficiencia no resulta adecuado en este contexto, y no permite obtener las conclusiones sobre el expediente que el informe pretende.

En primer lugar, y como se ha reflejado tanto en la Propuesta de Resolución como en la presente Resolución, el establecimiento de un sistema de comercialización conjunta limita el desarrollo de terceros competidores. A pesar del análisis realizado por ATRESMEDIA para probar que un operador igualmente eficiente pudiera ofrecer los mismos descuentos, en este expediente se analiza el efecto de la vinculación entre los canales principales con los canales secundarios. Como se ha indicado en párrafos anteriores, esta Sala considera que las políticas comerciales desarrolladas por ATRESMEDIA Y MEDIASET condicionan a los principales anunciantes a contratar la publicidad en paquetes, vinculando los canales más atractivos y de más difícil sustitución con los canales de más fácil sustitución. Esta vinculación tiene efectos restrictivos en la medida que los canales de los operadores más pequeños dejan de competir en igualdad de condiciones con los canales de menor audiencia de MEDIASET y ATRESMEDIA, que tienen una audiencia similar a la de los canales de los operadores alternativos. Así, en su análisis, ATRESMEDIA obvia valorar el efecto que las cadenas de más audiencia tienen, al ser cadenas necesarias para los anunciantes.

En segundo lugar, esta sala considera relevante señalar que la DC hace mención a las *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* (2009/C 45/02). ATRESMEDIA utiliza estas orientaciones como base teórica para su análisis. Estas referencias se utilizan únicamente en relación con el efecto que las extraprimas pagadas a las agencias de medios tienen en el mercado de publicidad en televisión. Estas extraprimas constituyen descuentos condicionales, respecto a los cuales la PR ya señalaba en el párrafo 398:

“Siguiendo los ejemplos anteriores, que únicamente recogen el efecto individual de uno de los incentivos, una agencia de medios que ha colocado 17 millones de euros en Módulo Telecinco recibe una extraprima del 0,70% (119.000 euros). Si se coloca 1 millón de euros más en Módulo Telecinco, la tasa de descuento aumenta al 2,20%. La extraprima en valor aumenta a 396.000 euros. Si la agencia de medios colocara ese millón adicional en otra cadena independiente, perdería una retribución de 277.000 euros. En consecuencia, la agencia sólo colocara el presupuesto adicional en el operador alternativo si éste le ofreciera un descuento de, al menos, 277.000 euros (28%).

*Del mismo modo, una agencia de medios que, partiendo de una inversión de 7.500.000 en ATRESMEDIA (5.000.000 en Módulo Cobertura), incrementa su gasto en el Módulo Cobertura en 300.000 (+6%), obtendría una extraprima de 87.750€ (1.125%*7.800.000). Si se colocan 150.000 euros más en Módulo Cobertura, la tasa de descuento aumenta al 1,69% y la extraprima en valor aumenta a 134.355 euros. Si la agencia de medios colocara esos 150.000 euros adicionales en otra cadena independiente, perdería una retribución de 46.605 euros. En consecuencia, la agencia sólo colocara el presupuesto adicional en el operador alternativo si éste le ofreciera un descuento de, al menos, 46.605 euros (31%).”*

Estos ejemplos ponen de manifiesto que la necesidad de que los competidores más pequeños realicen estos descuentos para volúmenes de publicidad significativamente más bajos reduce considerablemente las oportunidades de competir de estos operadores de menor tamaño.

En tercer lugar, es especialmente necesario volver a destacar que en el presente expediente no se analiza únicamente el efecto de una única conducta en el mercado, sino que se realiza una valoración global del efecto conjunto de las tres prácticas analizadas. Durante el expediente se describe de forma pormenorizada los efectos generados por cada una de las distintas restricciones analizadas y que, de forma agrupada limitan la capacidad de crecimiento de terceros operadores en el mercado. Por lo tanto, analizar de manera individual una de ellas no permite realizar una valoración del efecto que las conductas de ATRESMEDIA y MEDIASET tienen en el mercado y, consecuentemente, esta Sala no considera adecuadas las conclusiones alcanzadas por el informe económico de ATRESMEDIA.

En último lugar, hay motivos para cuestionar no solo el uso del test del competidor igual de eficiente, sino el análisis en sí mismo.

Por un lado, esta Sala considera que en el test realizado por ATRESMEDIA resulta crucial que tanto la empresa dominante como las perjudicadas por el abuso tengan la misma estructura de costes. Aunque este podría ser el caso si comparásemos cadenas independientes entre sí, no lo es cuando se comparan pequeñas cadenas independientes con los dos grandes operadores del mercado, como sucede en este expediente

Por otro lado, tal y como indican las Orientaciones⁵⁸ en el párrafo 26, cuando los costes comunes son significativos es posible que haya que tenerlos en cuenta al evaluar la capacidad para excluir a competidores que sean igualmente eficientes. A juicio de esta Sala, ATRESMEDIA debería haber detallado cuánto representan los costes comunes sobre los costes totales para justificar no tener en cuenta los costes comunes.

En resumen, las conclusiones del análisis del informe presentado por ATRESMEDIA no son en realidad aplicables al concreto caso de la infracción que se le imputa, porque esas conclusiones se basan en supuestos que no se adecuan a la realidad de la conducta de esta entidad, y se derivan de apreciaciones no motivadas sobre los datos que deben o no tenerse en cuenta.

b) Sobre el cierre anticompetitivo del mercado

ATRESMEDIA considera que las conductas investigadas afectarían potencialmente a un porcentaje muy pequeño de ventas totales en el mercado de publicidad en televisión y, por ello, carecerían de aptitud para generar efectos de exclusión de terceros operadores en el mercado ni para generar un efecto probable de cierre de mercado.

La citada entidad, en su informe económico, aplicando la lógica de que una ratio de eficacia (*power ratio*) igual a la unidad sería compatible con un mercado competitivo, calcula el porcentaje máximo de ventas totales afectadas. Este porcentaje se correspondería con el porcentaje de la cuota de mercado potencialmente afectada por la conducta. Para calcular esa cuota, el informe compara las cuotas de mercado de publicidad actuales con las cuotas de mercado para ratios de eficacia de los canales minoritarios de ATRESMEDIA y MEDIASET.

⁵⁸ 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 (2009/C 45/02).

En primer lugar, el informe calcula el porcentaje total del mercado afectado considerando los *power ratio* presentados en la PR. Así, los canales minoritarios de ATRESMEDIA tuvieron en 2014 un 8,50% de cuota de audiencia y un 9,10% de cuota publicitaria. ATRESMEDIA calcula el porcentaje máximo de ventas potencialmente afectadas para 2014 como la diferencia entre la cuota de mercado de publicidad en el escenario actual (9,50%) y la cuota de mercado de publicidad para una ratio de eficacia igual a 1 (8,50%).

La compañía concluye que el porcentaje máximo de ventas totales en el mercado de publicidad en televisión potencialmente afectadas por las conductas es del 0,6% del mercado en 2014. Este mismo ejercicio se replica para MEDIASET en el mismo periodo y para todo el periodo, tras lo que el informe económico concluye que el porcentaje máximo de ventas potencialmente afectadas por las conductas de ambos competidores oscila entre el 1,66% en 2014 y el 2,43% en 2017 del mercado de publicidad en televisión.

Como conclusión, el informe afirma que una conducta que podría afectar potencialmente a un porcentaje máximo del 1-3% de las ventas carece de aptitud para generar efectos de exclusión de terceros operadores del mercado y para generar un efecto probable de cierre anticompetitivo.

Posteriormente, ATRESMEDIA vuelve a repetir el mismo análisis, pero utilizando ratios de eficacia corregidos, ya que considera que los calculados por la DC no son correctos. ATRESMEDIA considera arbitrario el criterio utilizado por la DC para el reparto de ingresos entre los canales que forman un mismo módulo, ya que entiende más razonable asumir que, de los canales que forman un módulo, los canales con mayor audiencia tendrán precios superiores y que el precio medio estará compuesto por la media de los precios de los canales que componen cada módulo. La consecuencia de asignar el mismo precio a todos los canales que integran el módulo, dice ATRESMEDIA, resulta en la sobrevaloración de los ratios de eficacia de los canales minoritarios y las cuotas de mercado en el mercado de publicidad.

Una vez reajustados los ratios de eficacia, ATRESMEDIA vuelve a calcular el porcentaje del mercado afectado. El análisis muestra que el porcentaje de ventas potencialmente afectadas por las conductas oscila entre un 0% en 2014 y cerca de un 1% en 2017.

Dado que la conducta podría afectar potencialmente a un porcentaje máximo del 0-1% de las ventas, ATRESMEDIA considera que esta carece de aptitud para generar

efectos de exclusión de terceros operadores del mercado y para generar un efecto probable de cierre anticompetitivo del mercado.

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que la diferencia entre la cuota de mercado actual y la cuota de mercado que la infractora tendría si no hubiera infracción no refleja el volumen de mercado afectado, como pretende el informe, sino que esa diferencia es un indicador del volumen de ventas adicional que se habría obtenido gracias a las infracciones, magnitud que a su vez tiene una relación directa con el beneficio ilícito obtenido gracias a la infracción. Para obtener una estimación del volumen de ventas afectado por la infracción hay que tener en cuenta no solo las ventas adicionales obtenidas por las partes infractoras, sino todas las ventas del mercado que han podido ver modificados sus precios debido a las conductas analizadas en el expediente.

Por otro lado, no es posible aceptar, como pretende el informe, que el único valor del *power ratio* compatible con una situación de competencia sea igual a la unidad. El punto clave para valorar si se trata de una situación de competencia o no es si el valor de ese indicador es semejante a los valores del indicador para el resto de competidores con una audiencia similar. Si el valor del *power ratio* es parecido para canales con niveles de audiencia similar se puede afirmar que es un resultado compatible con una situación de competencia, independientemente de que el valor del indicador sea próximo a la unidad o no.

En este sentido, la DC ya señala en su propuesta de resolución que la *“comercialización de targets muy amplios implica que el análisis comparativo entre diferentes canales puede ser realizado de manera homogénea, con independencia de que puedan presentar ligeras variaciones en cuanto a sus contenidos o el tipo de audiencia al que van dirigidos, dado que desde la perspectiva de la comercialización de los contenidos publicitarios las audiencias son agrupadas con targets genéricos.”* Y continúa señalando que *“el power ratio de los canales de audiencias más altas será superior a los de audiencias menores, al ofrecer GRPs con una mayor cobertura y una menor repetición. Sin embargo, [...] los canales con audiencias similares deberían presentar power ratios también similares al ofrecer a los anunciantes condiciones de cobertura/frecuencia equivalentes y targets homogéneos.”*

El párrafo anterior clarifica que el *power ratio* no tiene que ser igual a la unidad para que pueda considerarse que refleja una situación competitiva.

Finalmente, esta Sala considera que el método utilizado por la DC para el reparto de ingresos entre canales que forman un mismo módulo no se basa en criterios arbitrarios, como pretende el informe y que, por lo tanto, los *power ratio* están correctamente calculados. Los anunciantes pagan un único precio por cada GRP contratado dentro de un módulo, sin importar la cadena en la que se emita, ya que en los contratos se fija un único precio para todos los GRP contratados. Por lo tanto, no resulta arbitrario repartir los ingresos teniendo en cuenta los GRP. Además, menos del 30% de los ingresos de una de las cadenas se ha repartido siguiendo esta metodología, por lo que la diferencia que supondría un reparto diferente de los ingresos entre canales no tendría un impacto significativo en los valores de los *power ratios* y por lo tanto no cambiaría los resultados de los análisis.

B) Alegaciones de MEDIASET

a) *Sobre la relación entre el nivel de audiencia y la cuota en el mercado publicitario*

El informe económico presentado por MEDIASET critica el análisis de efectos realizado por la DC al señalar que: *“la PR sostiene que el hecho de que la cuota del mercado de publicidad en televisión de los operadores alternativos en términos de inversión ha sido y es inferior a su cuota en términos de audiencia prueba la naturaleza anticompetitiva de las prácticas comerciales analizadas. La PR soporta esta conclusión única y exclusivamente con la comparación del power ratio de distintos tipos de canales de Mediaset y Atresmedia con los power ratio de los canales temáticos en abierto de terceros operadores, las televisiones autonómicas y los canales temáticos de pago”*.

El informe considera que, al admitirse una relación directamente proporcional entre la cuota de audiencia de los canales y su cuota de mercado, la DC está cometiendo un error ya que, según la citada entidad, dado que el número de GRP comercializados depende de otros factores además del nivel de audiencia de la cadena, las cuotas de mercado calculadas teniendo en cuenta ambos indicadores no tienen por qué coincidir.

MEDIASET considera que algunos canales pueden generar más GRP y más volumen de inversión a pesar de tener un mismo nivel de audiencia.

Respuesta de la Sala

Es cierto que la DC señala que el hecho de que la cuota de mercado de los operadores alternativos en términos de ingresos sea significativamente inferior a la

que les corresponde según su cuota de audiencia es uno de los efectos que las prácticas analizadas tienen en el mercado. Esto se debe a que como la publicidad se vende utilizando *targets* genéricos, desde la perspectiva de la comercialización de los contenidos publicitarios dos canales con una audiencia similar serán igual de atractivos para el anunciante ya que ofrecen condiciones de cobertura/frecuencia equivalentes.

La comercialización genérica restringe las opciones que tienen los anunciantes de emitir la publicidad en aquellas cadenas que mejor se ajustan a su *target* comercial. Por lo tanto, el único factor que influye en la decisión del anunciante es la audiencia del canal. En este sentido, si un canal tiene la misma audiencia que otro, ambos deberían obtener unos ingresos similares, porque serían igual de atractivos para el anunciante.

Además, es importante destacar que la DC no considera que la cuota de inversión y la cuota de audiencia tengan que ser iguales en todos los casos. Este hecho se ve reflejado en la PR cuando se señala que “*el power ratio de los canales de audiencias más altas será superior a los de audiencias menores, al ofrecer GRPS con una mayor cobertura y una menor repetición*”, como ya se ha indicado en la respuesta a la alegación anterior. Esta frase muestra que la DC reconoce el mayor valor de los GRP ofrecidos por los canales de mayor audiencia, ya que estos canales ofrecen mejores condiciones de cobertura y frecuencia.

Una cadena podría obtener más GRP y mayor inversión que otra cadena con una misma audiencia, si el *target* para el que emite dicha cadena es más interesante para los anunciantes y puede adquirir GRP dirigidos a ese *target* específico. Pero si no se le permite contratar publicidad para el *target* específico, la audiencia es la única variable que le interesará y por lo tanto las dos cadenas serán igual de atractivas.

b) *Sobre el análisis de power ratios*

MEDIASET considera que el análisis del *power ratio* que realiza la DC contiene una serie de errores que lo invalidan.

- i) *Comparación de los power ratio del conjunto de canales de menor audiencia de ATRESMEDIA, por un lado, y MEDIASET, por otro, con los power ratio del conjunto de los canales nacionales en abierto de sus competidores.*

MEDIASET considera que esta comparación presenta una serie de errores. En primer lugar, se trata de una comparación en términos agregados. Al agregar

diferentes canales, se están combinando canales con cuotas de audiencia diferentes y esto dificulta la comparación. MEDIASET señala que la relación entre la cuota de audiencia y la cuota en el mercado publicitario no es directamente proporcional y, por lo tanto, los *power ratio* resultantes de la agregación no reflejan adecuadamente la situación de los distintos canales.

En segundo lugar, MEDIASET considera que el reparto de los ingresos entre los canales que forman un único módulo con base en los GRP de cada canal no es correcto, porque presupone que el precio de los GRP es el mismo para todos los canales. Asimismo, indica que MEDIASET determina el precio de los módulos a partir de los precios de los GRP de los canales que los componen cuando se comercializan individualmente, sobre los que se aplican descuentos y una vez calculados dichos precios se establece el precio medio.

Finalmente, MEDIASET señala que *“la PR supone que en ausencia de las prácticas comerciales objeto de análisis los power ratio del conjunto de los canales pequeños de MEDIASET, el conjunto de los canales pequeños de ATRESMEDIA, y el conjunto de los canales temáticos en abierto de terceros operadores, deberían ser idénticos.”* Esto solo podría ser cierto, dice la compañía, si los precios de los GRP fuesen los mismos para todos los canales. Según MEDIASET, la DC no ha demostrado que el precio sea igual y no puede hacerlo porque los canales se diferencian entre sí en términos de cobertura, de afinidad de sus canales a diferentes *targets* de audiencia y porque se comercializan a través de equipos con diferentes grados de experiencia y profesionalidad.

- ii) *Comparación de los power ratio de los canales principales de ATRESMEDIA y MEDIASET, respectivamente, con los del conjunto de los canales de las televisiones autonómicas.*

Según MEDIASET, estos dos grupos de cadenas nos son comparables entre sí porque los canales autonómicos tienen una cobertura regional.

MEDIASET destaca que *“en lo referente a la comparabilidad en términos de audiencia, tal y como se recoge en la PR, la cuota de audiencia del canal Telecinco entre 2014 y 2017 ha fluctuado entre el 16,8% y el 19,2% (excluyendo RTVE), una cuota muy superior al de las televisiones autonómicas en su conjunto que ha fluctuado entre el 10,8% y el 11,9% en ese mismo periodo, y, por tanto, todavía más superior al de los canales que lo componen considerados por separado”* para señalar a continuación que el tamaño de los canales es relevante.

Finalmente señala que teniendo en cuenta que los anunciantes regionales están interesados en un subconjunto de las cadenas autonómicas, las cuotas de mercado de cada una de ellas no pueden agregarse para la comparación.

- iii) Comparación de los power ratio de los canales de menor audiencia de ATRESMEDIA y MEDIASET, respectivamente, con los power ratio de los canales temáticos de pago.*

MEDIASET considera que la comparación de los canales en abierto con los canales de pago no es correcta porque el modelo de negocio difiere, por lo que la estrategia comercial de las compañías es distinta. La principal diferencia entre los canales de pago y los canales nacionales en abierto es que, según señala, los primeros obtienen la mayor parte de sus ingresos gracias a las cuotas de abonados, mientras que los segundos se financian con publicidad. Como la dependencia de los ingresos publicitarios es menor para las cadenas de pago, la cantidad de publicidad emitida es menor. MEDIASET destaca que en tanto que el número de minutos de publicidad en los canales de pago es inferior al de los canales de audiencia, para el mismo nivel de audiencia, la cuota en términos de GRP y en términos de inversión será inferior también.

La conclusión de lo anterior es, según MEDIASET, que el análisis de efectos realizado por la DC es erróneo y no permite acreditar que las diferencias entre las cuotas de audiencia y de inversión sean el resultado de las prácticas analizadas.

Respuesta de la Sala

En relación a la comparación de los *power ratio* del conjunto de canales de menor audiencia de ATRESMEDIA, por un lado, y MEDIASET, por otro, con los *power ratio* del conjunto de los canales nacionales en abierto de sus competidores, es cierto que realizar la comparación en términos agregados dificulta la obtención de conclusiones. Teniendo en cuenta esta circunstancia y en contestación a las alegaciones de ATRESMEDIA, esta Sala ha realizado la comparación desagregada de las ratios de eficiencia. Esta comparación confirma las conclusiones alcanzadas con la primera, es decir, que, para un mismo nivel de audiencia, los canales que se comercializan de manera empaquetada tienen mayor nivel de inversión que el resto de sus competidores independientes, lo que confirma que las prácticas de las dos cadenas principales restringen el crecimiento de terceros operadores en el mercado.

Además, repartir los ingresos según el número de GRP de cada cadena es un ejercicio razonable. Los anunciantes obtienen un precio por cada GRP que se emite

dentro del módulo; esto significa que el anunciante paga el mismo precio por un GRP emitido en una cadena con mayor cobertura que en una cadena con menor cobertura. Por lo tanto, y a falta de una desagregación por parte de los propios operadores, tiene sentido repartir los ingresos de acuerdo a los GRP generados en cada una de las cadenas incluidas en el módulo.

Adicionalmente, la DC no señala que en ausencia de las prácticas comerciales objeto de análisis los *power ratio* del conjunto de los canales pequeños de MEDIASET, el conjunto de los canales pequeños de ATRESMEDIA, y el conjunto de los canales temáticos en abierto de terceros operadores, deberían ser idénticos. La DC, al contrario de lo señalado por MEDIASET, indica que dos cadenas con audiencias similares deberían tener ratios de eficiencia similares.

Según las alegaciones de la compañía, el precio de los GRP variará con la cobertura y la afinidad con los diferentes *targets* de audiencia. También variará dependiendo de los equipos de comercialización. En este sentido, es necesario volver a destacar que la mayor parte de la publicidad en España se vende a través de *targets* genéricos, lo que limita el efecto que la afinidad de los *targets* de audiencia pudieran tener en el valor de los GRP. Esto quiere decir que la variable que influye mayoritariamente en el precio de los GRP es la audiencia y, por lo tanto, si dos cadenas tienen la misma audiencia, entonces, deberían tener un precio similar. Y, por consiguiente, un *power ratio* similar.

En relación a las comparaciones realizadas con los canales autonómicos y las cadenas de pago, es cierto que no se trata de operadores homogéneos y que la comparación puede verse afectada por otros factores. Sin embargo, en vista de estas críticas, se ha realizado un análisis individual entre cadenas con la misma audiencia para confirmar las conclusiones en relación a los efectos que las prácticas analizadas tienen en el mercado. Los resultados de este análisis, que ofrece resultados coherentes con la conclusión inicial, se muestran en el fundamento cuarto.

c) Sobre la ausencia de exclusión de competidores

MEDIASET alega que la evidencia disponible no permite demostrar que los operadores de televisión pequeños hayan sido marginados. Basa esta afirmación en diversas razones.

En primer lugar, porque cada canal tiene la cuota en GRP que le correspondería en función de su audiencia y de la calidad comercial de sus canales. Para medir la

calidad de la audiencia de los diferentes canales, MEDIASET utiliza un indicador de afinidad; se trata de la ratio entre la cuota de cada canal en el denominado *target* comercial y la audiencia en el *target* de individuos +16.

El análisis realizado por MEDIASET muestra que a excepción de DMax, Ten y DKiss, que tienen niveles de afinidad comparables a los canales temáticos de mayor audiencia de MEDIASET, el resto de los canales de operadores independientes tienen los peores indicadores de afinidad de entre los canales temáticos pequeños, siendo el indicador de Trece, Gol, Real Madrid TV y Paramount Channel inferior a uno. Estos canales tendrían, por lo tanto, poco atractivo comercial. Este análisis demostraría que no existen diferencias significativas entre los canales de entretenimiento pertenecientes a MEDIASET y ATRESMEDIA respecto de los terceros operadores.

En segundo lugar, señala que, dado que las cuotas de audiencia de terceros operadores han aumentado, no se puede argumentar que las prácticas comerciales de MEDIASET y ATRESMEDIA les hayan perjudicado. Además de la cuota de audiencia, señala que la cuota en GRP y la cuota en inversión han aumentado también en el periodo de infracción. Aunque el crecimiento de la cuota de inversión es inferior a la cuota de crecimiento de la audiencia, la diferencia entre ambos se debería, según MEDIASET, a la falta de proporcionalidad existente entre las cuotas de audiencia y las cuotas de mercado publicitario.

En tercer lugar, MEDIASET alega que no se puede concluir que las prácticas comerciales tengan un efecto excluyente en el mercado porque en el periodo de infracción nuevas cadenas han entrado en el mercado. Como ejemplos citan a los canales DKiss, Real Madrid TV y Ten que comenzaron sus emisiones el 28 de abril de 2016 y Gol TV que inició su actividad en junio de 2016.

Finalmente, MEDIASET considera que la DC debería demostrar que las compañías que se toman como base para el análisis de efectos son igual de eficientes que MEDIASET y ATRESMEDIA. Considera necesario analizar las estructuras de costes de los operadores alternativos para poder afirmar que se trata de operadores tan eficientes. En este sentido, MEDIASET considera que las ventajas competitivas que las dos principales cadenas ofrecen son múltiples e independientes de las cláusulas bajo análisis. Entre las ventajas de las cadenas principales se destacan contenidos más atractivos, la buena combinación entre la audiencia y el *target* comercial, así como los equipos de negociación.

La Asociación de Televisiones Privadas Digitales Terrestres ha señalado que la actuación paralela de ATRESMEDIA y MEDIASET con políticas de

comercialización semejantes, y con una clara coincidencia y paralelismo en su fórmulas de comercialización han conducido en la práctica a un compartimiento del mercado por la mitad entre ambos grupos, a la exclusión activa de los pequeños operadores de televisión y a la creación de unas potentísimas barreras para la entrada y supervivencia de nuevos agentes en este mercado.

La citada entidad continúa señalando que resulta ilustrativo de esta situación y de la tendencia al dominio creciente del mercado que, pese a la contracción de la inversión publicitaria en el año 2018, ambas compañías investigadas hayan incrementado su cuota de participación publicitaria y que, incluso en el ejercicio 2018 hayan sostenido su cuota en quince puntos por encima del que correspondería a su audiencia. Según señala, es claro que los clientes anunciantes no se guían por parámetros objetivos de mercado en la selección de sus proveedores de servicios publicitarios. Distribuyen su demanda de publicidad de forma desviada a la que resultaría del análisis objetivo para optimizar sus recursos y lograr el mayor rendimiento a sus presupuestos de marketing y publicidad.

La citada asociación finaliza concluyendo que la exclusión de los canales independientes resulta inexplicable si no es provocada por la actuación forzada de los dos grupos principales.

Respuesta de la Sala

El indicador de afinidad calculado por MEDIASET compara la cuota del *target* comercial con la cuota de audiencia en el *target* de individuos +16. El *target* comercial incluye a todos los individuos de 18 a 59 años, es decir, prácticamente toda la población. Para medir la afinidad de un canal con los anunciantes habría que ver qué porcentaje de audiencia tiene cada canal respecto de los consumidores a los que el anunciante quiere alcanzar, por lo que no resulta adecuado realizar un análisis completamente genérico.

Además, el hecho de que la audiencia de Trece o Gol TV sea más específica es señal de que, en ausencia de las prácticas analizadas en el presente expediente, y en ausencia de la venta de publicidad en *targets* genéricos, podrían obtener mayores ingresos, ya que los anunciantes interesados en la audiencia de estas dos cadenas estarían también más interesados en invertir en las mismas.

En relación al incremento de las cuotas de audiencia e inversión de los terceros operadores, hay que señalar en primer lugar, que los ingresos de los terceros operadores han aumentado, así como su cuota, pero el aumento en la misma ha sido mínimo en el periodo analizado. Esto prueba que el crecimiento de los terceros

operadores está limitado en el mercado. Dado que la audiencia es la variable que los anunciantes consideran, la cuota de mercado de los pequeños canales en términos de inversión debería haber crecido de manera proporcional a la cuota de audiencia.

Además, la entrada de nuevos competidores no demuestra la falta de efectos de las conductas de ATRESMEDIA y MEDIASET. Las decisiones de entrada de nuevas empresas responden a la expectativa de beneficio futuro basadas en el conocimiento del negocio en ese mercado sin contar con posibles actuaciones anticompetitivas que no resulta fácil identificar y valorar antes de entrar en el mercado. Para un potencial entrante, la falta de aumento de cuota de los operadores pequeños ya activos en el mercado puede atribuirse a su falta de eficiencia, y el que estudia su entrada puede tener confianza en su propia capacidad para competir con mejores resultados que las compañías ya presentes en el mercado. Sin embargo, a pesar de que nuevas compañías hayan podido entrar en el mercado, las conductas de las dos principales cadenas audiovisuales restringen significativamente la rentabilidad que estos nuevos canales pueden obtener de sus espacios publicitarios. Esta restricción limita –como se ha acreditado– la capacidad de crecimiento de las compañías en cuota de inversión publicitaria, lo que, en un periodo de tiempo suficientemente largo, podría resultar finalmente en su salida del mercado.

Finalmente, se vuelve a remarcar que la venta de publicidad en *targets* genéricos limita el impacto que el contenido de una cadena y la afinidad de su audiencia con el *target* comercial tienen sobre la decisión del anunciante. Por lo tanto, la audiencia sigue siendo la variable más importante a tener en cuenta y en la resolución se demuestra que para canales con la misma audiencia, los canales que se venden empaquetados y beneficiados por las condiciones de comercialización acordadas con agencias y anunciantes, obtienen mayores inversiones.

d) *Falta de efectos de las conductas analizadas por no restringir la capacidad de elección de anunciantes y agencias*

MEDIASET considera que las prácticas comerciales investigadas en el presente expediente no son susceptibles de producir efectos anticompetitivos porque no restringen la capacidad de elección de anunciantes y agencias. En el informe económico se destaca que, dado que su capacidad de elección no ha sido limitada, ni agencias de medios ni anunciantes se han visto perjudicados. La capacidad de elección no se ve limitada porque el anunciante puede elegir en qué cadenas quiere anunciarse, dado que los canales de MEDIASET se comercializan tanto de forma

empaquetada como de forma individual. Según el informe económico, los anunciantes pueden realizar modificaciones en la distribución de los GRP en los diferentes paquetes.

Además, MEDIASET manifiesta que no hay imposición de cuotas. Después de analizar la información sobre la cuota relativa que los anunciantes han destinado a MEDIASET entre los años 2014 a 2017, el informe concluye que existe mucha dispersión entre los datos y que esto confirmaría que MEDIASET no impone cantidades mínimas a los anunciantes. La compañía alega también que existe mucha dispersión en la cuota que un mismo anunciante destina a MEDIASET en cada momento del tiempo. Esta evidencia sería, según señala, inconsistente con la imposición de cuotas mínimas.

La FORTA indica que las políticas comerciales analizadas en este expediente conducen a la falta de capacidad de anunciantes y agencias de medios para determinar libremente su política comercial, no solo respecto al *target* a los que quieren dirigir sus campañas sino también la distribución de su inversión publicitaria. El corolario de lo anterior, según señala, es que ambos colectivos se ven obligados a contratar en mayor medida con las cadenas de ATRESMEDIA y MEDIASET y sobre las alternativas que estas les ofrecen, aunque prefirieran, en determinados casos, la contratación en canales de terceros operadores o, incluso, lo consideraran más rentable.

Respuesta de la Sala

En contra de lo que alega MEDIASET, la capacidad de los anunciantes se ve restringida por las conductas analizadas en este expediente. Las conductas analizadas priman o favorecen de facto las ofertas empaquetadas en la comercialización conjunta de sus canales de televisión cuando en el paquete se incluye uno de sus dos canales de mayor audiencia. Los mejores precios de los productos empaquetados hacen que los anunciantes contraten la publicidad de manera empaquetada, viéndose obligados a anunciarse en cadenas que no necesitan o que incluso pueden tener un efecto negativo en sus campañas, como se ha señalado en el fundamento cuarto.

Los anunciantes necesitan contratar los canales principales de ATRESMEDIA y MEDIASET para poder emitir campañas de la manera más eficiente posible. En principio los anunciantes podrían elegir emitir los anuncios solo en determinados canales, pero por una parte las cuotas a anunciantes y extraprimas a agencias atraen ingresos publicitarios a las dos grandes cadenas más elevados que los que les habrían correspondido en un mercado competitivo. Por otra parte, el

empaquetamiento, reforzado por la pauta única, asegura que dichos ingresos se distribuyan entre los canales de la cadena llevando a los canales de menor audiencia a unos ingresos por publicidad supracompetitivos.

Es decir, la capacidad de elección de los anunciantes se ve restringida con un efecto negativo. Es más, aunque los anunciantes pudieran distribuir los GRP dentro del paquete, no pueden decidir no emitir GRP en uno de los canales incluidos en los paquetes, por lo que su capacidad de distribuir la publicidad como mejor se ajuste a sus necesidades se ve también limitada. En definitiva, no se garantiza a anunciantes y agencias de medios una oferta comercial suficientemente desglosada de sus diferentes productos de publicidad televisiva que incluya la posibilidad efectiva de contratación de publicidad televisiva de forma individualizada en cada uno de los canales de televisión en abierto gestionados.

Como se ha detallado con anterioridad, la contratación de canales de manera empaquetada tiene un efecto negativo sobre los anunciantes. Con esta práctica, los anunciantes se ven obligados a contratar la publicidad en los canales empaquetados sin tener flexibilidad para distribuir los impactos publicitarios en cada uno de ellos. Con ello, el anunciante se ve obligado a emitir una parte de su campaña publicitaria a través de canales de televisión que no están ajustados al *target* comercial deseado, o bien en canales que por su reducida audiencia impactan negativamente en la eficacia de la acción publicitaria al elevar la frecuencia o repetición del mensaje publicitario para alcanzar los GRP deseados.

Es más, el sistema de *simulcast* refuerza estos efectos negativos. Como la publicidad se inserta teniendo en cuenta el contenido de la cadena principal la programación de los canales secundarios en la que se inserta el bloque publicitario no está en muchos casos ajustada al *target* deseado por el anunciante y, además, las pausas publicitarias en los canales secundarios se producen en momentos temporales no siempre ajustados al ritmo de sus programas.

Para los anunciantes esto tiene dos efectos negativos muy significativos. En primer lugar, se acentúan hasta el extremo los efectos negativos señalados para el empaquetamiento de canales al carecer los anunciantes de ninguna flexibilidad para distribuir los impactos publicitarios en cada uno de los canales, franjas horarias o programas concretos. En este sentido, el anunciante carece de toda capacidad para determinar el peso de los canales que componen el módulo que, al emitir en pauta única, vendrá determinado por la audiencia que se genere en cada uno de ellos. En segundo lugar, al producirse las pausas publicitarias en los canales secundarios en momentos no siempre ajustados al ritmo de sus programas, los

anuncios pueden generar una reacción negativa a los telespectadores. Por lo tanto, no se puede afirmar que las prácticas analizadas no tienen un efecto sobre anunciantes y agencias de medios y tampoco puede concluirse que las conductas analizadas en el expediente no tengan efectos en el mercado.

Finalmente, las restricciones a las que se enfrentan los anunciantes se ven incrementadas por las cuotas de inversión publicitaria acordadas con MEDIASET y ATRESMEDIA. La necesidad de emitir publicidad en los principales canales del país hace que los anunciantes acepten las cuotas de inversión publicitaria exigidas por las dos cadenas, viendo limitada su capacidad para contratar con terceros operadores.

5.4. Sobre la caracterización de la interacción competitiva entre MEDIASET y ATRESMEDIA

MEDIASET alega que existe una gran competencia entre ella y ATRESMEDIA y una gran diferencia en la oferta comercial de canales y contenidos. Según el informe económico presentado en apoyo a sus alegaciones, la diferenciación de contenidos es importante ya que determina el atractivo comercial que cada canal tendrá para los anunciantes.

En concreto, MEDIASET considera que existen dos factores que son determinantes para la competencia. Por un lado, el nivel de audiencia del canal y, por otro lado, la afinidad de los espectadores de dicho canal con los consumidores de los anunciantes.

A juicio de MEDIASET, los anunciantes eligen cadenas con mayor audiencia ya que prefieren generar impactos publicitarios (GRP) maximizando la cobertura y minimizando la frecuencia. Asimismo, MEDIASET considera que otro aspecto fundamental para la elección de los canales por parte de los anunciantes es que los espectadores de los canales encajen con los consumidores de sus productos (*target* comercial).

La competencia entre las dos cadenas audiovisuales se traduce, según el informe económico, en fluctuaciones en sus niveles de audiencia y en sus cuotas en el mercado de publicidad televisiva. El informe económico analiza la relación existente entre la cuota de audiencia y la cuota en GRP, así como la relación entre la audiencia y la cuota de inversión publicitaria y concluye que la relación es en ambos casos positiva, aunque no proporcional. Esto quiere decir, según señala, que cuanto mayor es la audiencia relativa de un operador mayor será su cuota en el mercado publicitario tanto en términos de GRP como en términos de inversión.

Finalmente, el informe destaca que las fluctuaciones en los niveles de inversión publicitaria también se observan cuando se analiza la evolución del volumen de GRP que los anunciantes individuales destinan a estas cadenas. En el informe se analiza la sustituibilidad entre los grupos de televisión para los anunciantes que han adquirido más de 1.000 GRP en el medio televisivo y cuyo volumen se ha mantenido estable entre 2017 y 2018. La conclusión de dicho análisis es que las fluctuaciones entre la cuota de MEDIASET y ATRESMEDIA en el mercado publicitario son evidentes porque para los anunciantes que han reducido su cuota en GRP en MEDIASET en más de 5 puntos porcentuales, la mayoría aumenta su cuota en ATRESMEDIA y una pequeña proporción se va al conjunto de canales temáticos de terceros operadores y de pago.

El informe económico finaliza destacando que el hecho de que la cuota de mercado combinada de las dos cadenas se encuentre en torno al 80% no refleja su falta de voluntad competitiva, sino meramente el hecho de que la audiencia de las mismas es limitada. Señala que las cuotas de audiencia de MEDIASET y ATRESMEDIA no son capaces de generar un número de GRP que llevara sus cuotas de mercado más allá de las cifras que obtienen en el mercado.

Respuesta de la Sala

En el presente expediente más que la competencia entre los dos grandes grupos televisivos, lo que se analiza son los efectos que provocan en el mercado las prácticas comerciales llevadas a cabo por ambas compañías.

Se ha acreditado que ambas empresas han adoptado estrategias comerciales similares en relación con los anunciantes y agencias de medios y el efecto acumulado incrementa notoriamente el efecto restrictivo de la competencia en el mercado definido.

Este efecto restrictivo se derivaría del carácter imprescindible de los canales de mayor audiencia para los anunciantes, de las prácticas de venta por paquetes de los canales principales con los canales de menor audiencia, de la emisión de la publicidad en *simulcast* en los diferentes canales de cada paquete, y de las condiciones específicas para determinar las extraprimas y condiciones de contratación con anunciantes que vinculan, de manera directa o indirecta, las cantidades mínimas y la cuantía de las extraprimas a la inversión total en la cadena.

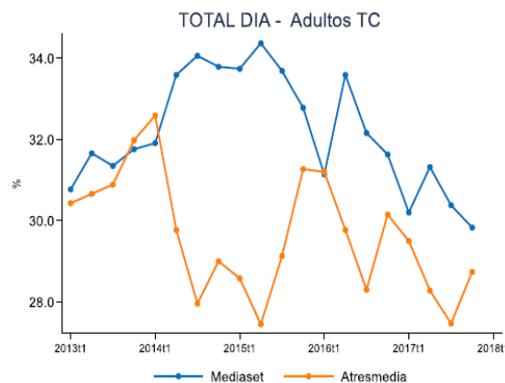
Estos efectos se ven incrementados además porque las dos principales cadenas del mercado aplican condiciones similares, y las elevadas cuotas de mercado de

ambas cadenas que en conjunto alcanzan el 85% de toda la inversión en publicidad televisiva.

En relación con la diferenciación en contenidos, si bien es cierto que las dos cadenas diferencian los contenidos que ofrecen, esto tiene un efecto limitado frente a los anunciantes ya que la mayor parte de la publicidad en televisión se vende a través de *targets* genéricos por lo que la posibilidad de ajustar la publicidad a los consumidores de los productos se ve limitada. Por tanto, el impacto sobre los anunciantes es limitado ya que tomarán las decisiones con base en la audiencia de los canales.

Además, a diferencia de lo que señala MEDIASET, esta Sala considera que la fluctuación en las cuotas de mercado de las dos compañías es limitada.

En las gráficas incluidas en el informe de MEDIASET se observa que desde 2013 hasta 2018, la cuota de audiencia de MEDIASET para el *target* de adultos ha oscilado siempre entre el 31% y el 34%, es decir, 3 puntos porcentuales. ATRESMEDIA tampoco muestra una fluctuación mucho mayor, ya que su cuota de mercado ha oscilado entre el 32% y el 28% en todo el periodo, es decir, 4 puntos porcentuales. La limitada fluctuación de las cuotas de mercado indica que estamos ante un mercado maduro.



Fuente: Página 21.

Finalmente, en relación con la fluctuación de anunciantes entre las dos principales cadenas, esto demuestra que los dos operadores tienen un carácter casi imprescindible para los anunciantes, ya que debido a sus altas audiencias son los únicos canales que permiten obtener los niveles de cobertura adecuados para asegurar la eficacia del mensaje publicitario.

5.5. Sobre las eficiencias de las conductas en el mercado

El informe económico presentado por MEDIASET argumenta que las prácticas comerciales analizadas en este expediente tienen eficiencias porque reducen los precios e incrementan el tamaño del mercado de la publicidad en la televisión en abierto.

Según el informe económico los precios se reducen de forma directa gracias a los descuentos que se ofrecen a anunciantes y/o por las extraprimas de agencias de medios. MEDIASET considera que, en ausencia de estos descuentos o extraprimas, los ingresos de las agencias serían menores y, como las extraprimas se trasladan en parte a los anunciantes, los precios pagados por los mismos serían superiores.

Asimismo, MEDIASET considera que los precios se reducirían también de forma indirecta a través del empaquetamiento de los productos ya que, además de reducir el precio, generaría valor para los anunciantes al poder obtener un número concreto de GRP aumentando la cobertura y reduciendo la frecuencia. De esta manera el valor aportado por cada GRP tiene un mayor valor.

El informe económico también destaca que la teoría económica ha demostrado que la competencia entre las empresas que ofrecen productos complementarios empaquetados y/o conceden descuentos multi-producto da lugar a precios inferiores a los que se observarían si los componentes de dichos paquetes se vendieran solo de forma separada. La teoría económica también demuestra, según dicho informe, que cuando existe competencia entre paquetes los precios son inferiores a los que se observarían si solo una de las empresas aplicase descuentos multi-producto e inferiores a los que se observarían en ausencia de dichos descuentos y, por tanto, el bienestar de los consumidores aumenta en presencia de competencia entre paquetes.

Finalmente, para la citada entidad los descuentos que las dos cadenas ofrecen a los anunciantes incrementarían el tamaño del mercado de la publicidad en la televisión, ya que estos descuentos actuarían como incentivos a anunciantes y agencias para favorecer la inversión publicitaria en ese mercado. Al aumentar la inversión publicitaria, se mejoraría la calidad de los canales, ya que las cadenas tendrían mayores ingresos.

Respuesta de la Sala

El informe presentado por MEDIASET no realiza ejercicio alguno tendente a cuantificar la reducción de precios que defiende por lo que no puede ser un argumento que permita aseverar con la contundencia necesaria las ventajas alegadas por la citada empresa.

En relación con la existencia de extraprimas, cabe incidir en que el porcentaje total de estas que se deriva a los anunciantes es reducido en comparación con el volumen total de extraprimas que se conceden a las agencias, cuyos incentivos en la negociación con las televisiones no están completamente alineados con los de los anunciantes.

Las agencias de medios obtienen unos ingresos de los anunciantes que muchas veces dependen del valor total de la publicidad intermediada para dicho anunciante. Asimismo, las agencias de medios obtienen de las cadenas de televisión descuentos en forma de *rappels* por volumen total intermediado en todo o en parte de los canales de televisión de esa cadena y respecto del total gestionado por la agencia en televisiones en España-, en un determinado periodo, que no se trasladan necesariamente en su totalidad a los anunciantes. Por ello, con este tipo de extraprimas, el objetivo de las agencias de medios es maximizar el valor de la publicidad intermediada y no tanto reducir el coste unitario de los GRP adquiridos, o maximizar el número de GRP obtenidos para una campaña sobre la base de un determinado volumen de inversión publicitaria.

Esta Sala considera que la modificación de estas extraprimas condicionadas a volúmenes totales de inversión de la agencia de medios y de carácter retroactivo, permitiría que los incentivos de las agencias de medios se alinearan de nuevo con los objetivos de los anunciantes y de esta forma podrían obtener mejores condiciones que las actuales. A ello contribuiría igualmente el conocimiento, por parte de los anunciantes, de las extraprimas y de otros pagos o incentivos económicos de ATRESMEDIA y de MEDIASET a las agencias de medios, así como de las condiciones de su obtención, relacionados con su inversión publicitaria.

Finalmente, los menores precios de los operadores alternativos podrían actuar también como incentivo para aumentar la inversión en los canales de televisión y por tanto aumentar su tamaño. Poder ajustar la publicidad a su *target* objetivo, sin tener que adquirir canales vinculados ni asumir cuotas mínimas, podría incrementar el atractivo del mercado, ya que la publicidad sería aún más eficiente.

5.6. Sobre la muestra de anunciantes seleccionada por la Dirección de Competencia

ATRESMEDIA indica que la muestra de 41 anunciantes seleccionada por la DC representa únicamente el 1% de la población total objeto de observación, por lo que el comportamiento de los 41 anunciantes que más gastan en publicidad no puede extrapolarse sin más al comportamiento de los restantes 3.959 que componen la población a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo estimaciones estadísticas.

Por todo ello, la citada entidad considera que la muestra seleccionada por la DC está sesgada hacia los grandes anunciantes y ello implica, según señala, que las conclusiones extraídas de la muestra de anunciantes no sean representativas de la conducta de pequeños y medianos anunciantes.

Respuesta de la Sala

En respuesta a las citadas alegaciones, esta Sala considera que los 41 anunciantes seleccionados por la DC constituyen una muestra altamente representativa en el ámbito de la publicidad televisiva, entre otros motivos, porque representan aproximadamente el 40% de los ingresos de MEDIASET y ATRESMEDIA⁵⁹.

En la muestra se han incluido los 20 anunciantes comunes más importantes presentes en ambas cadenas, 5 anunciantes no incluidos entre los anteriores que figuran entre los 20 principales anunciantes existentes en España, 5 principales anunciantes que tienen como principal cliente a cada una de las dos cadenas, y 6 anunciantes de menor tamaño presentes en ambas cadenas. Este conjunto de 41 anunciantes representa no sólo el 40% de la inversión en estas cadenas, sino también el 39% de la inversión publicitaria total, de acuerdo con KANTAR MEDIA (folios 7629-7630), siendo por tanto una muestra relevante del total.

Desde un punto de vista de economía y eficiencia procedimental hubiese sido imposible obtener respuesta del número total de anunciantes que hay en España, motivo por el cual, la DC consideró de manera motivada, hacer la selección de anunciantes con los criterios señalados.

Esta Sala considera que la información obtenida por el conjunto de los anunciantes seleccionados es suficientemente representativa y permite, junto con los otros hechos acreditados, corroborar y confirmar la información recabada de ATRESMEDIA y MEDIASET en relación con su política comercial de los espacios

⁵⁹ 39% del total del mercado de la publicidad en televisión en términos de GRP (folios 7629-7630).

publicitarios, motivo por el cual, se desestiman las alegaciones de ATRESMEDIA al respecto.

5.7. Sobre la solicitud de terminación convencional

MEDIASET solicita que se retrotraigan las actuaciones para posibilitar la terminación convencional del expediente, toda vez que, según señala la citada entidad, los compromisos propuestos en su momento fueron suficientes y susceptibles de resolver los efectos sobre la competencia identificados en el PCH, y la decisión de la DC de dar por desistida a MEDIASET fue arbitraria, inmotivada, incongruente y gravemente perjudicial.

Respuesta de la Sala

El artículo 52 de la LDC, regulador del procedimiento de terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas, señala expresamente que este modo de terminación del procedimiento sancionador únicamente puede ser considerado cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

Como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 6 de marzo de 2013 (900/2013), el elemento fundamental de cualquier terminación convencional es la configuración de unos compromisos claros y susceptibles de ser vigilado su cumplimiento por la administración. Los compromisos deben garantizar el interés público constitucional de la libre competencia, y evitar, prevenir o compensar los posibles perjuicios que para este interés público puedan derivarse de las conductas.

En todo caso, nos encontramos ante la existencia de una facultad discrecional de la administración, que es quien debe valorar, en primer lugar, si procede iniciar el procedimiento de terminación convencional y, posteriormente aceptar o, en su caso, denegar los compromisos propuestos por las partes⁶⁰. En este sentido, siendo una facultad discrecional de esta administración, resulta esencial y necesario que cualquier decisión que se haya adoptado al respecto quede suficientemente motivada para que las partes conozcan, de manera clara e inequívoca, los motivos por los que la DC decidió rechazar los compromisos propuestos, y ello, a juicio de esta Sala se ha cumplido sobradamente a través de los sucesivos acuerdos adoptados por la DC.

⁶⁰ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012 (3114/2012).

Esta Sala quiere destacar, en primer lugar, la plena predisposición de la DC para llegar a una solución convencional con ATRESMEDIA y MEDIASET a lo largo del procedimiento. La propia DC acordó, a petición de ambas empresas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento y ello resulta de una actuación facultativa de la propia DC de acuerdo con los términos empleados en el artículo 39.1 del RDC.

Igualmente, cabe reseñar que ambas empresas, en aplicación del artículo 39.3 del RDC, han tenido la posibilidad de presentar hasta en dos ocasiones una propuesta de compromisos para resolver adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente aquí resuelto, sin que hayan solventado, en ninguna de las dos ocasiones, tales problemas.

El 6 de febrero de 2019, MEDIASET y ATRESMEDIA presentaron ante la CNMC propuesta de compromisos.

Sin embargo, con fecha 18 de febrero de 2018, en el marco de sus facultades, la DC acordó de manera motivada que los compromisos presentados por ambas empresas no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia (folios 13.452 a 13.455).

En este acuerdo se otorgó a ambas empresas un plazo de diez días hábiles para presentar nuevos compromisos.

Tras la concesión de una ampliación del plazo por parte de la DC, las segundas propuestas de compromisos de ATRESMEDIA y MEDIASET tuvieron entrada en la CNMC el 22 de marzo de 2019.

Tras el análisis de las nuevas propuestas, el 29 de abril de 2019, la DC acordó de manera motivada que estas tampoco resolvían los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia y no garantizaban suficientemente el interés público pues ninguna de las opciones presentadas rompía con la vinculación y solapamiento de las mencionadas restricciones ni las eliminaba en la práctica (folios 14.183 a 14.186 y 14.211 a 14.214).

A modo de resumen, en relación con la propuesta de MEDIASET, la DC consideró que los compromisos presentados no resolvían los efectos negativos de la competencia por los siguientes motivos:

“Por lo que respecta al sistema de comercialización conjunta, en la práctica y tanto en la opción A como en la B, los compromisos propuestos sólo restringen el empaquetamiento de canales y la emisión en pauta única para

determinados paquetes de canales. Así, en la opción A se permite empaquetar los dos canales principales por un lado y los no principales por otro, permitiéndose también los descuentos por contratar paquetes de paquetes, lo que dejaría sin efecto la limitación inicial. Asimismo, se suprime la emisión en simulcast en varios canales de televisión en abierto cuando entre dichos canales figure un canal principal. A su vez, en la opción B se permiten tanto los empaquetamientos de un canal principal con canales no principales como los descuentos multipaquetes de canales no principales con canal principal. En cuanto a la emisión en pauta única, en esta opción tan solo se suprime si incluye el canal principal de mayor audiencia de la cadena.

En lo que concierne a la fijación de cuotas relativas de contratación de publicidad televisiva, la opción A tan sólo las elimina como parámetro comercial en los paquetes que incluyan cadenas principales junto con cadenas no principales, aunque cabría la fijación de volúmenes de inversión o de GRP mínimos. Por su parte, la opción B elimina estas cuotas tan sólo cuando haya paquetes que incluyan dos canales principales. En ningún caso se asegura un sistema de descuentos que evite su condicionalidad y retroactividad.

En cuanto a las extraprimas, en el caso de la opción A se permite fijar como base para la retribución de la extraprima, la inversión o número de GRP de los dos principales conjuntamente y de los no principales. En el caso de la opción B) se permite fijar cuota para cualquier combinación que no incluya a los dos canales principales. Por tanto, los compromisos propuestos prevén que la inversión conjunta en paquetes pueda ser computada a efectos de la cuota de inversión para el caso de canales individuales”.

Esta Sala entiende, por tanto, suficientemente motivados los acuerdos de denegación de terminación convencional adoptados por la DC, y además comparte y hace suyas las conclusiones realizadas por la DC en los mismos, así como las decisiones allí adoptadas.

No procede, por tanto, atender a la petición de MEDISASET consistente en reabrir una nueva fase de terminación convencional del procedimiento sancionador.

5.8. Sobre el acceso a determinada información contenida en el expediente

ATRESMEDIA considera que la denegación de acceso a determinados documentos o a determinadas versiones de los mismos que obran en el expediente le ha generado indefensión.

Igualmente, la citada entidad considera vulnerados sus derechos de defensa al no haber podido acceder a la identidad de los anunciantes requeridos el 20 de noviembre de 2017.

Respuesta de la Sala

Las respuestas dadas por la DC en su propuesta de resolución a estas alegaciones resultan, a juicio de esta Sala, suficientes por lo que nos remitimos al apartado IV.4.4 del citado documento para evitar repeticiones innecesarias.

Sin perjuicio de ello, en lo que se refiere a la anonimización de las respuestas de los anunciantes al requerimiento de información de 20 de noviembre de 2017, cabe incidir nuevamente en que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de fecha 21 de enero de 2016 (recurso 54/2013), referido a un asunto análogo al presente, ha señalado que:

“Proyectada esta doctrina al caso que nos ocupa, concluimos coincidiendo con ello en la decisión adoptada por la CNMC, que el acto recurrido carece por sí solo de virtualidad para ocasionar indefensión, por cuanto la DI se limitó a declarar de oficio el levantamiento de determinados aspectos de las respuestas, manteniendo confidencial la identidad de los anunciantes, así como cualquier aspecto de las respuestas que pudiera facilitar su identificación o que contuviese información sensible, en la medida en que se consideraba que su revelación a Mediaset era susceptible de causar un perjuicio a los anunciantes.”

En este caso, ATRESMEDIA conoce la identidad de los 41 anunciantes a los que se les ha requerido información y tiene acceso a una versión censurada de cada una de estas respuestas de las cuales tan solo desconoce la concreta identidad del anunciante al que corresponde. Esta declaración de confidencialidad no afecta a las restantes respuestas a otros requerimientos y en la medida en que ATRESMEDIA conoce la política comercial específica que ha seguido con cada uno de estos anunciantes, dispone de toda la documentación que acredita los términos exactos de dichas relaciones comerciales.

ATRESMEDIA también considera que no poder acceder a las respuestas de sus competidores directos relativas a cuestiones tan sensibles como sus ingresos desglosados por trimestre y tipo de comercialización para un determinado *target*, vulnera sus derechos de defensa.

Los citados datos son comercialmente sensibles y están amparados por el secreto comercial ya que su acceso por terceros podría suponer un daño irreparable al titular de la información. En todo caso, la DC ha ofrecido horquillas numéricas por lo que ATRESMEDIA puede obtener una aproximación a los mismos.

En cuanto a las respuestas de las agencias de medios de marzo de 2018, se refieren fundamentalmente a las negociaciones de cada agencia con cada una de las dos grandes cadenas de televisión, así como a sus respectivos ingresos. Por tanto, se trata también de información amparada por el secreto comercial.

5.9. Alegaciones en relación con la propuesta de sanción

A) Falta de motivación en el cálculo de las sanciones propuestas

Ambas empresas consideran que la propuesta de sanción elaborada por la DC no está suficientemente motivada.

ATRESMEDIA y MEDIASET alegan que no se proporciona explicación alguna respecto de cómo inciden cada uno de los criterios del artículo 64.1 de la LDC en la multa propuesta por la DC.

Asimismo, ATRESMEDIA alega que no es posible conocer por qué se utiliza un tipo porcentual máximo como tipo sancionador y no otro más moderado.

Respuesta de la Sala

A partir de la valoración de los criterios previstos en el artículo 64.1 de la LDC, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo iniciada con su sentencia del 29 de enero de 2015 (número 2872/2013), se determina el tipo sancionador que la DC considera que correspondería imponer a cada una de las empresas. El artículo 64 de la LDC señala que “*el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios*”; por lo tanto, la lista de criterios prevista en el artículo citado no es una lista exhaustiva de los criterios que se utilizan para fijar las sanciones, ni tampoco señala la obligación de incluir en el texto de la PR o de las resoluciones todos los criterios enumerados en ella.

Una vez determinado el tipo sancionador en función de la gravedad y características de la infracción, la PR destaca que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que comenzó con la Sentencia de 29 de enero de 2015, “*hay que asegurar que las sanciones son además proporcionales a la efectiva dimensión de la infracción. En efecto, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la*

gravedad y las características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podía conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva". Teniendo en cuenta este motivo, la DC señala que "se estima un límite de proporcionalidad bajo supuestos muy prudentes, por encima del cual se considera que la sanción es probablemente desproporcionada, y en consecuencia deberá ser reducida hasta ese límite".

En la propuesta de multa contenida en la PR, la DC no consideró necesario realizar ningún ajuste de proporcionalidad ya que el límite de proporcionalidad que estimó está muy por encima de las multas que correspondería imponer a ambas empresas, por lo que la DC consideró que las multas propuestas no eran desproporcionadas en relación con la efectiva dimensión de la infracción.

Frente a las alegaciones de falta de motivación conviene subrayar que la falta de detalle sobre las diferentes valoraciones y cálculos realizados para obtener el límite de proporcionalidad concretas realizadas no supone falta de motivación, como ha indicado de manera inequívoca la jurisprudencia. Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-Treuhand/Comisión), que establece que:

"A la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa".

Por otro lado, la Audiencia Nacional ha considerado, en diversas sentencias recientes⁶¹, que el método de determinación de sanciones que la CNMC ha venido aplicando desde la mencionada STS del 29 de enero de 2015 está suficientemente motivado en las resoluciones sancionadoras sometidas a revisión jurisdiccional. Sirva como ejemplo, la SAN de 26 de junio de 2018 (rec. 363/2016), en relación con el expediente VS/504/2014, AIO, en la que la Sala de la AN, una vez recogidas las explicaciones que se incluyen en la Resolución en relación con la determinación del tipo sancionador, concluye que:

⁶¹ Véanse las sentencias de la AN de abril de 2018 (rec.363/2016), de 10 de junio de 2018 (rec. 348/2017) y de 19 de octubre de 2018 (rec. 721/2017).

“en modo alguno puede decirse que esta primera aproximación a la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada – las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues arroja un porcentaje que se sitúa muy por encima de la media del tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes”.

Por todo lo anterior, cabe concluir que la determinación del tipo sancionador propuesto en la PR y el uso del límite de proporcionalidad constan, a juicio de esta Sala, suficientemente motivados.

B) Sobre la infracción del principio de proporcionalidad

Ambos grupos empresariales consideran infringido el principio de proporcionalidad por los siguientes motivos:

- i) Al haberse tomado como base del cálculo de la sanción el volumen de negocios total a nivel mundial*

ATRESMEDIA alega que el principio de proporcionalidad se infringe al tomar como base, para el cálculo de la multa propuesta, el volumen de negocios total a nivel mundial. La compañía considera que el uso del volumen mundial es incoherente con el requerimiento de información realizado por la DC, dado que en este se solicitaba información relacionada con el volumen de negocios en España.

En apoyo de sus alegaciones, la citada entidad indica que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 no mencionó la posibilidad de considerar el volumen de negocios mundial de las empresas como base para el cálculo de las sanciones, por lo que esta posibilidad debería considerarse excluida.

ATRESMEDIA cita también en sus alegaciones la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2017, que dice así:

“En este punto, debemos dar la razón a la parte recurrente pues, la resolución recurrida parte de la facturación total de DOMENECH en 2012, es decir, 1.131.071,61 euros y sobre dicho importe aplica el 10%. Sin embargo, al haber definido la resolución recurrida como de ámbito nacional el mercado geográfico afectado, debería haber excluido del cómputo de la sanción la

facturación correspondiente a la actividad de exportación, esto es, 387.378,07 euros”.

En base a la anterior sentencia, la citada entidad considera que cuando las conductas anticompetitivas tienen lugar en el mercado geográfico de dimensión nacional, únicamente debería tenerse en cuenta, para el cálculo de la sanción, el volumen de negocio en España.

Respuesta de la Sala

La cifra que ha de tomarse como base para la determinación de la sanción en aplicación del artículo 63 de la LDC es aquella que refleja toda la actividad económica de la empresa independientemente del lugar donde esa actividad se ha desarrollado. Por tanto, si la sociedad incoada tiene actividad en el extranjero, el volumen de negocio obtenido fuera de España formará parte del volumen de negocios total.

Así lo ha confirmado la Audiencia Nacional en una reciente sentencia de 10 de julio de 2018 (rec. 348/2017) en relación con el expediente S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal, en la que la Sala manifiesta lo siguiente:

“Sostiene seguidamente la actora que el término “volumen de ventas” contemplado en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 se refiere al volumen de ventas afectado por la infracción o, subsidiariamente, al volumen de ventas total en España, ambos, en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción.

*Sin embargo, esa interpretación no se corresponde con la finalidad disuasoria de la multa y con el tenor literal del precepto por lo que **entendemos que el volumen total de la empresa se corresponde con las ventas totales realizadas por la misma en cualquier lugar del mundo**, que es la cifra que aparece publicada en las cuentas anuales de las empresas.*

En éste sentido, en la sentencia de 22 de junio de 2018, rec. 344/2017 hemos considerado también que el volumen de negocios total incluye el obtenido fuera de España.” (énfasis añadido)

En relación con la sentencia de la Audiencia Nacional citada por ATRESMEDIA para apoyar su argumento, conviene señalar que se refiere a una resolución de marzo de 2013 de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, muy anterior por tanto a la STS de 29 de enero de 2015, en la que se seguía el método de la Comunicación de multas aprobado por la CNC en 2009, que difiere del método de

determinación de sanciones que se discute en esta resolución y que atiende precisamente a la mencionada jurisprudencia.

En cualquier caso, como ya se ha señalado, los pronunciamientos más recientes de la Audiencia Nacional respaldan que la CNMC utilice el volumen de negocios total entendido como el volumen de negocios según aparezca reflejado en las cuentas anuales de la empresa, independientemente de dónde se genere esa facturación.

- ii) *Al imponer el tipo sancionador máximo del arco sancionador sin que se haya observado ninguna agravante y sin que la conducta haya sido calificada como una restricción por objeto*

ATRESMEDIA y MEDIASET alegan que aplicar el tipo sancionador máximo en una infracción por efectos, de corta duración y sin que concurran circunstancias agravantes, infringe el principio de proporcionalidad.

Respuesta de la Sala

El tipo sancionador total que se impone en cada caso depende de la efectiva dimensión de la infracción, de las características del mercado afectado, de la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, del alcance de la infracción, de la duración y de los efectos acreditados de la infracción, entre otros factores. Se trata, precisamente, de los criterios que se aplican para la determinación de las sanciones, porque son los criterios que permiten valorar el reproche sancionador que merecen las restricciones analizadas. Por ello, una infracción por efectos que tenga las mismas características que una restricción por objeto, merecerá la misma sanción.

Desde otro punto de vista, dependiendo de las particulares circunstancias que rodeen a cada infracción, nada impide que una infracción grave pueda recibir el mismo tipo sancionador que una infracción muy grave, aunque los límites máximos previstos en el art. 63.1 de la LDC sean diferentes. En general, en relación con la comparación entre diferentes expedientes que se contiene en las alegaciones de las empresas imputadas, es necesario destacar que la jurisprudencia ha aclarado que las multas impuestas en diferentes expedientes no son comparables entre sí, excepto en el caso de que las circunstancias concretas de ambos expedientes sean idénticas, lo cual sucede en raras ocasiones. En este sentido, el Tribunal General de la Unión Europea, en su sentencia de 16 de junio de 2011 en el asunto T – 240/07, Heineken Nederland, ha señalado que:

*“(347) El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la práctica seguida anteriormente por la Comisión en sus decisiones no sirve de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y que decisiones relativas a otros asuntos únicamente tienen carácter indicativo en lo referente a la posible existencia de una discriminación, ya que resulta poco probable que las circunstancias que caracterizaban tales decisiones – como puedan ser los correspondientes mercados, productos, empresas y períodos – sean idénticas (véase la sentencia *Erste Group Bank y otros/Comisión* [TJCE 2009, 291], citada en el anterior apartado 314, apartado 233, y la jurisprudencia citada).*

*(350) Es necesario recordar en este sentido que, por una parte, la Comisión aprecia la gravedad de las infracciones en función de un gran número de factores que no se encuentran recogidos en una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta y que, por otra parte, no está obligada a aplicar una fórmula matemática precisa, independientemente de que se trate del importe total de la multa impuesta o de su división en diferentes elementos (véase la sentencia del Tribunal de 13 de enero de 2004 [TJCE 2004, 18], *JCB Service/Comisión*, T - 67/01, Rec. p. II - 49, apartados 187 y 188, y la jurisprudencia citada).*

(351) Habida cuenta de lo anterior, la comparación directa entre las multas impuestas a los destinatarios de dos decisiones relacionadas con infracciones distintas conllevaría el riesgo de desnaturalizar las funciones específicas que cumplen las diferentes etapas del cálculo de una multa. En efecto, los importes finales de las multas reflejan las circunstancias específicas que concurrían en cada práctica colusoria y la evaluación realizada en el correspondiente supuesto’.”⁶²

Por tanto, no es posible comparar la sanción propuesta por la PR con las sanciones impuestas en otros expedientes. Más si cabe, cuando MEDIASET compara los tipos medios sancionadores de otros expedientes en los que el tipo sancionador de la infracción difiere.

Por último, la valoración de la duración debe complementarse necesariamente con la intensidad de la actuación de las empresas imputadas y por ese motivo el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción es una medida más adecuada de la efectiva dimensión de la infracción.

⁶² Véase también sentencia de la Audiencia Nacional, recurso núm. 540/2010, de 8 de marzo de 2013.

- iii) *Por existir sanciones previas en los expedientes de vigilancia de la operación de concentración de ANTENA 3/La SEXTA*

ATRESMEDIA considera que, en el cálculo de la sanción, debería tenerse en cuenta el hecho de que haya sido sancionada por este tipo de conductas en los expedientes de vigilancia de la concentración ANTENA 3/La SEXTA.

Respuesta de la Sala

Nos encontramos ante procedimientos sancionadores que no guardan identidad de hechos ni de fundamentos jurídicos.

El Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se autorizó la concentración Antena 3/La Sexta (expediente C/0432/12) imponía las siguientes obligaciones derivadas de la concentración de ambos grupos televisivos:

- a) La entidad resultante no podrá comercializar mediante una misma oferta comercial ("paquete comercial") la publicidad o cualquier otra forma de comunicación comercial televisiva de los dos canales en abierto de mayor audiencia de entre los que gestiona (en adelante los canales principales).
- b) La entidad resultante no podrá comercializar productos publicitarios televisivos que incluyan canales de televisión en abierto cuya audiencia conjunta sea superior a 22%. A efectos de determinar cuál es la audiencia de cada canal, cada seis meses se tomará en cuenta la audiencia media del mismo en el semestre inmediatamente anterior, según los datos suministrados por la empresa KANTAR MEDIA (o la empresa que le sustituya en las funciones de medición de audiencia televisiva en España), referidos a la "audiencia total día", "total individuos" y "total España". De cara a esta obligación, se considerará que el primer semestre de referencia para calcular la audiencia media tiene lugar entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de junio de 2012.
- c) La entidad resultante publicará con una periodicidad mínima trimestral su oferta de productos publicitarios televisivos que deberá incorporar, como mínimo, los productos necesarios para garantizar la posibilidad de adquisición de espacios publicitarios mediante productos distintos de forma individualizada en cada uno de los canales de televisión en abierto gestionados por la entidad resultante.

- d) La entidad resultante no podrá desarrollar políticas comerciales y, en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes o agencias de medios de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión.
- e) La entidad resultante ofrecerá la posibilidad de comprar cualquier combinación de los canales que gestiona, teniendo el cliente la absoluta libertad para distribuir su inversión como estime conveniente según sus necesidades de comunicación. La entidad resultante garantizará en cada período comercial la existencia de una oferta suficiente de paquetes que aseguren de manera efectiva el cumplimiento de este objetivo.

Cada paquete tendrá un precio y un target de negociación, en función de la audiencia y del mercado. Los precios de cada paquete comercial serán independientes unos de otros y, por tanto, serán objeto de negociaciones diferentes.

Sin embargo, los hechos analizados en este expediente son distintos ya que se valoran determinados aspectos de los acuerdos verticales que ATREMEDIA y MEDIASET han mantenido con anunciantes y agencias y cuyo efecto acumulado han provocado una restricción de la competencia en el mercado analizado.

Únicamente cabría observar una relación directa entre ambos expedientes en relación con los empaquetamientos de canales que, sin embargo, tienen un ámbito mucho más restringido en las condiciones y compromisos al limitarse tan sólo el empaquetamiento de dos canales principales o de canales en abierto que sumen una audiencia superior al 22%.

Precisamente lo que se sancionó en los mencionados expedientes de vigilancia es el incumplimiento de los compromisos adoptados por las partes, entre ellos, el empaquetamiento de los canales principales de estas dos cadenas. Sin embargo, en el expediente que nos ocupa, se analiza el efecto restrictivo generado al empaquetar canales grandes y pequeños. Son por tanto mucho más amplias y distintas las conductas imputadas en este expediente al referirse al efecto conjunto de (i) el empaquetamiento de canales grandes y pequeños (y no limitado a determinados volúmenes de audiencia) y la emisión en simulcast que refuerza lo anterior (ii) las cuotas relativas a anunciantes y (iii) el sistema de extraprimas a agencias.

Además, en el marco de este expediente no se imputan tres restricciones separadas, sino que se considera que todos los elementos de restricción, aplicados conjuntamente, provocan efectos restrictivos sobre terceros operadores.

C) *Sobre la infracción del artículo 64.1 a) LDC al declarar que uno de los mercados afectados por las conductas es el de la televisión en abierto*

ATRESMEDIA alega que la cuantificación de la sanción por parte de la DC es errónea porque la PR considera que las prácticas comerciales analizadas afectan a dos mercados. En este sentido, la citada entidad considera que el mercado de la televisión en abierto no se ve afectado por las conductas comerciales investigadas en el presente expediente porque en la sección relativa al análisis de los efectos de las conductas en el mercado se omite cualquier comentario relativo al citado mercado.

En consecuencia, la cadena argumenta que, como el análisis de efectos de las conductas se limitan a un único mercado, el Consejo debería reducir sustancialmente el importe de la sanción. La reducción en la multa se justificaría por la reducción automática del perímetro objetivo y de los efectos de la infracción imputada.

Respuesta de la Sala

Las prácticas investigadas en el presente expediente afectan a la dinámica competitiva del mercado de publicidad en la televisión, y este mercado ha de analizarse en conjunto con el de la televisión en abierto. Por ello, se ha considerado que hay dos mercados afectados, el mercado de la televisión en abierto y el mercado de la publicidad en la televisión.

En todo caso, conviene subrayar que, a pesar de que hay dos mercados afectados, únicamente se han tenido en cuenta los ingresos generados en el mercado de la publicidad en la televisión para estimar la dimensión de la infracción, ya que es el mercado en el que se producen los ingresos afectados por la conducta.

5.10. Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento sancionador

MEDIASET ha presentado un escrito en el que solicita la suspensión del procedimiento sancionador como consecuencia de la presentación de un recurso contencioso-administrativo, con solicitud de medida cautelar de suspensión del procedimiento sancionador, contra la decisión de la DC de 29 de abril de denegación de terminación convencional y contra la resolución de la CNMC de 23 de mayo de 2019 que inadmite el recurso presentado contra la citada decisión de la DC (R/AJ/037/19).

La citada entidad señala que, en tanto se resuelve sobre dicha medida cautelar solicitada en vía judicial, se abstenga de continuar con la tramitación del expediente

sancionador con el fin de no vaciar de contenido la decisión judicial que deba adoptarse respecto a la suspensión instada y el recurso contencioso administrativo interpuesto.

Respuesta de la Sala

En relación con esta cuestión, hay que señalar que con fecha 26 de julio de 2019, la Audiencia Nacional dictó dos autos denegando la medida cautelar de suspensión del procedimiento sancionador solicitada por MEDIASET (auto número 997/2019), así como la solicitada por ATRESMEDIA (autos 957/2019). En tales autos puede leerse: *“En el caso analizado, no podemos aceptar la medida cautelar solicitada por los recurrentes ya que si aceptamos su solicitud de que se paralice la tramitación de un procedimiento sancionador hasta que se resuelva sobre la denegación de una terminación convencional ello está implicando un fallo anticipado de la sentencia que pueda dictarse en este proceso favorable a sus pretensiones. Además, no compartimos con los recurrentes la afirmación de que la no adopción de esta medida cautelar implica una pérdida de la finalidad legítima de este proceso así como la causación de perjuicios irreparables”*.

A la vista del criterio expresado por la Audiencia Nacional en tales autos, y siendo la suspensión del artículo 37.1.d) de la LDC una decisión discrecional de la CNMC, no se aprecian en este caso motivos que justifiquen la suspensión del plazo y la paralización del procedimiento administrativo.

5.11. Sobre la solicitud de una cuestión prejudicial al TJUE

Ambas empresas han solicitado a esta Sala que eleve una cuestión prejudicial al TJUE.

MEDIASET solicita que se pregunte si *“debe un acuerdo, concluido por una empresa no dominante, por el que se conceden incentivos como contraprestación por la adquisición de una cantidad tal que permite al cliente la adquisición de una cantidad equivalente a un segundo suministrador alternativo, ser calificado como “acuerdo de marca única”*.

ATRESMEDIA solicita que se pregunte si *“cabe declarar la existencia de una infracción de naturaleza vertical del artículo 101.1 TFUE en un supuesto en el que la infracción del citado artículo está únicamente sustentada sobre la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado en el que compite el proveedor, o bien debe entenderse que el reproche contenido en el artículo 101.1 TFUE en el caso de acuerdos de naturaleza vertical exige acreditar la existencia de efectos*

anticompetitivos de los acuerdos en el mercado verticalmente relacionado en el que compite el cliente, y ulteriormente en el consumidor final”.

Respuesta de la Sala

El artículo 267 del TFUE señala que cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso judicial interno, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

El órgano jurisdiccional nacional puede acudir a la jurisdicción europea cuando requiera aclaraciones sobre la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Esta Sala ya ha fundamentado a lo largo de la presente resolución, sobre la base de la normativa nacional y de la Unión Europea aplicable y sobre la jurisprudencia que interpreta la citada normativa, que las prácticas analizadas deben ser calificadas de acuerdos verticales restrictivos de la competencia que merecen el reproche sancionador aquí previsto.

Esta Sala no considera necesario elevar una cuestión prejudicial al TJUE dado que, como ya se ha señalado en esta resolución, la calificación de las conductas y los efectos provocados por las mismas se consideran adecuadamente acreditadas y la conducta está tipificada en la normativa que ha sido de aplicación en la presente resolución, sin que esta Sala tenga dudas interpretativas sobre el encaje de las conductas en el tipo infractor definido en las citadas normas.

Esta negativa no implica, como ha reiterado el Tribunal Constitucional⁶³, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ni mucho menos del derecho a la utilización de los medios de prueba en el correspondiente procedimiento.

5.12. Sobre la solicitud de práctica de pruebas

El artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Competencia en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

⁶³ Por todas, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1993 (111/1993).

Esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todos los documentos aportados por las empresas junto a sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución, incluidos los informes económicos presentados por estas.

Por otro lado, esta Sala rechaza la prueba propuesta por ATRESMEDIA consistente en emplazar a los peritos firmantes del informe económico presentado, con el fin de que comparezcan ante la CNMC para ratificarse en su informe, realizar las precisiones y aclaraciones oportunas y responder por último a las preguntas que se les formulen. En este sentido, ATRESMEDIA considera que tal emplazamiento facilitaría la comprensión del informe presentado, habida cuenta de la complejidad de los hechos que aquí se analizan.

Para esta Sala no resulta necesario emplazar a los peritos autores del informe para ratificar o formular explicaciones adicionales.

5.13. Sobre la solicitud de vista

Las empresas han solicitado la celebración de vista oral en aplicación del artículo 51.3 de la LDC.

Al respecto, cabe señalar que la vista oral ante la Sala del Consejo que viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (art. 19.1 RDC).

El Consejo, teniendo en cuenta este carácter potestativo de la vista oral, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión.

5.14. Sobre la solicitud de confidencialidad

Esta Sala resuelve declarar confidencial la siguiente información solicitada por MEDIASET:

- Tabla contenida en la página 24 de su escrito de alegaciones sobre datos de inversión individual de clientes concretos y datos estratégicos sobre anunciantes (página 24 y folio 16.249).
- Tabla 2 del informe económico presentado sobre niveles de cobertura y frecuencia para una campaña media (folio 16.466).
- Tabla 8 del informe económico presentado sobre distribución de la cuota de GRP destinados a MEDIASET por anunciante y semestre (folio 16.483).

- Figura 19 del informe económico presentado sobre distribución de la cuota de GRP destinada a MEDISASET por anunciante (folio 16.483).
- Tabla 9 del informe económico presentado sobre la evolución de los GRP por anunciante (folio 16.490).
- Cifra de ingresos por espacios publicitarios de canales de televisión de MEDIASET (Folio 17.639).

La citada empresa ha presentado versión pública y confidencial de cada uno de los escritos, por lo que procede declarar confidencial el escrito de alegaciones en versión confidencial contenido en los folios 16.226 a 16.303 y la versión confidencial del informe económico contenida en los folios 16.382 a 16.438.

Asimismo, esta Sala resuelve declarar confidencial el informe económico presentado por ATRESMEDIA contenido en los folios 17.594 a 17.619.

Finalmente, esta Sala desestima la solicitud de confidencialidad de los datos relativos al volumen de negocios total de las empresas correspondiente al año 2018, toda vez que se refieren a datos públicos de fácil acceso a través de los registros públicos habilitados a tal efecto (folios 17.627 y 17.638).

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

La determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo iniciada con la Sentencia de 29 de enero de 2015⁶⁴ que son, en esencia, los siguientes:

- d) Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *“Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la*

⁶⁴ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

- e) En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en aquel caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, “*lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen*”.

Sobre la base de estas premisas, y partiendo de que se trata en el presente expediente de una infracción grave para las dos empresas imputadas, ha de concluirse que la determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 5% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

6.2. Criterios para la determinación de la sanción

Las conductas analizadas consisten en la imposición simultánea de varias restricciones verticales por parte tanto de ATRESMEDIA como de MEDIASET en sus acuerdos con agencias de medios y anunciantes, en contra de los intereses de estos, que ven limitadas sus posibilidades de elección y con efectos restrictivos sobre los canales competidores.

Se trata, por tanto, de infracciones graves (art. 62.3.a de la LDC) de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que podrán ser sancionadas con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el año inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.b).

El volumen de negocios total consolidado de las empresas infractoras, relativo al año 2018, es el siguiente:

Empresas infractoras	Volumen de negocios total en 2018 (€)
ATRESMEDIA	956.163.000
MEDIASET	974.477.000

En este caso, tratándose de restricciones verticales impuestas por cada una de las empresas sancionadas a las agencias y anunciantes de manera independiente, sin que haya quedado acreditado ningún acuerdo horizontal entre ellas, la determinación de la sanción debe realizarse de manera individual para ATRESMEDIA y MEDIASET, determinándose directamente un tipo sancionador total para cada una de las infractoras en función de los criterios del artículo 64 de la LDC.

No obstante, para la determinación de la sanción ha de tenerse en cuenta que la inclusión de las restricciones verticales analizadas –prácticamente idénticas en ambos casos– simultáneamente por parte de los dos mayores grupos de televisión en abierto de España ha tenido unos efectos anticompetitivos conjuntos en más del 80% del mercado afectado, que es el mismo para las dos infracciones.

Teniendo en consideración los volúmenes de negocios totales aportados por las empresas, los tipos sancionadores a aplicar a esos valores de referencia en estas infracciones deben determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC:

- La dimensión y características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a). Los mercados afectados son el mercado de televisión en abierto y el mercado de la publicidad en televisión, aunque el mercado en el que las empresas obtienen ingresos es el de publicidad en televisión en abierto.

Teniendo esto en cuenta, la dimensión del mercado afectado durante la infracción es de 3.967.797.000 euros para ATRESMEDIA y de 4.185.293.000 euros para MEDIASET.

- La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables (art. 64.2.b). ATRESMEDIA tiene una cuota de mercado del 41,4% y la cuota de

MEDIASET es del 43,3%. Por tanto, como ya ha sido mencionado, la cuota afectada conjuntamente por las infracciones supera el 80% del mercado de publicidad en televisión en abierto.

- El alcance de la infracción (art. 64.1.c). El alcance geográfico es nacional con efectos en el interior de la Unión Europea.
- La duración de la infracción (art. 64.1.d). Las conductas de ambas empresas han tenido lugar desde al menos 2013 hasta al menos 2017.
- Los efectos de la infracción en el mercado (art. 64.1.e). La fijación de cuotas de contratación de publicidad, el establecimiento de un sistema de comercialización conjunta que fuerza la contratación de paquetes de canales reforzado por el *simulcast* y el sistema de extraprimas basado en descuentos condicionales, son potencialmente capaces de producir efectos restrictivos de la competencia sobre terceros operadores de televisión, ya que estas restricciones verticales tienen el efecto de concentrar la publicidad en televisión en estos dos grandes grupos. Además, el análisis de efectos realizado es una muestra clara de que esos efectos se han producido.
- Circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64.1.g). No se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes para ninguna de las empresas.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras los siguientes tipos sancionadores totales:

Empresas infractoras	Tipo sancionador (% del VNT)
ATRESMEDIA	4 %
MEDIASET	4 %

Ahora bien, estos tipos sancionadores son adecuados a la gravedad y características de la infracción cometida, pero –como subraya la jurisprudencia del Tribunal Supremo que comenzó con la Sentencia de 29 de enero de 2015– hay que asegurar que las sanciones en euros que resultan de esos tipos son además proporcionales a la efectiva dimensión de la infracción. En efecto, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción

cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad de la sanción es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental de disuasión⁶⁵. Esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera que la multa podría resultar desproporcionada.

En el presente caso, aun partiendo para la estimación del límite de proporcionalidad de un margen de beneficio representativo para el sector –que es un margen muy inferior al que aparece reflejado en las cuentas anuales de las empresas infractoras–, sus respectivos valores de referencia son varias veces superiores a las multas que les corresponden según los tipos sancionadores determinados anteriormente en función de la gravedad y características de la infracción. Por tanto, no procede realizar ningún ajuste a la baja, ya que las sanciones en euros no resultan desproporcionadas.

Por todo lo anterior, procede imponer a las empresas infractoras las sanciones que se muestran en la siguiente tabla:

Empresas infractoras	Sanción (€)
ATRESMEDIA	38.246.520
MEDIASET	38.979.080

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

⁶⁵ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de los ratios sectoriales de empresas no financieras del Banco de España.

RESUELVE

Primero. Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, así como del artículo 101 del TFUE, consistente en la fijación de una serie de condiciones contenidas en los acuerdos entre MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. y PUBLIESPAÑA, S.A.U. con los principales anunciantes televisivos y con las principales agencias de medios, que han resultado ser restrictivas de la competencia. Las citadas restricciones han consistido en:

- La imposición de cuotas mínimas de contratación de publicidad televisiva a los anunciantes, que afecta a la práctica totalidad de las campañas publicitarias contratadas.
- El establecimiento de un sistema de comercialización conjunta que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación por parte de los anunciantes de paquetes de canales, así como la utilización de un sistema de comercialización de la publicidad en televisión en *simulcast* o pauta única, que se impone en la gran mayoría de los anuncios comercializados.
- La fijación de un sistema de retribución por extraprimas a las agencias de medios por su intermediación, que genera incentivos a la concentración de la publicidad en sus módulos y canales.

Segundo. Declarar responsable de la infracción reflejada en el expositivo Primero a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. y PUBLIESPAÑA, S.A.U., de acuerdo con el artículo 61 de la LDC.

Tercero. Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, así como del artículo 101 del TFUE, consistente en la fijación de una serie de condiciones contenidas en los acuerdos entre ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. y ATRES ADVERTISING, S.L.U. con los principales anunciantes televisivos y con las principales agencias de medios, que han resultado ser restrictivas de la competencia. Las citadas restricciones han consistido en:

- La imposición de cuotas mínimas de contratación de publicidad televisiva a los anunciantes, que afecta a la práctica totalidad de las campañas publicitarias contratadas.
- El establecimiento de un sistema de comercialización conjunta que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación por parte de los

anunciantes de paquetes de canales, así como la utilización de un sistema de comercialización de la publicidad en televisión en *simulcast* o pauta única, que se impone en la gran mayoría de los anuncios comercializados.

- La fijación de un sistema de retribución por extraprimas a las agencias de medios por su intermediación, que genera incentivos a la concentración de la publicidad en sus módulos y canales.

Cuarto. Que se declare responsables de la infracción reflejada en el expositivo Tercero a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. y ATRES ADVERTISING, S.L.U., de acuerdo con el artículo 61 de la LDC.

Quinto. Imponer las siguientes sanciones a las empresas responsables:

- ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. y ATRES ADVERTISING, S.L.U.: **38.246.520 euros.**

Ambas empresas deberán responder solidariamente del pago de la sanción.

- MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. y PUBLIESPAÑA, S.A.U.: **38.979.080 euros.**

Ambas empresas deberán responder solidariamente del pago de la sanción.

Sexto. Instar a ATRESMEDIA y a MEDIASET para que cesen de forma inmediata en las conductas sancionadas y en cualesquiera otras de efecto equivalente, y se abstengan de realizarlas en el futuro.

Instar a ATRESMEDIA y a MEDIASET para que, en el plazo máximo de 3 meses contados a partir de la notificación de la presente resolución, adopten las medidas necesarias para la adaptación de sus relaciones comerciales y contractuales a lo dispuesto en esta resolución.

ATRESMEDIA y MEDIASET, al objeto de facilitar la vigilancia de esta resolución, documentarán y conservarán sus ofertas comerciales desglosadas, así como los diferentes acuerdos comerciales que formalicen con los anunciantes o agencias de medios, y facilitarán a la Dirección de Competencia, con la periodicidad necesaria y en la forma que ésta determine, toda la información que por la misma les sea requerida.

Séptimo. Declarar la confidencialidad de la información solicitada por las partes en los términos previstos en el apartado 5.14 de la presente resolución.

Octavo. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados 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 el día siguiente al de su notificación.