

RESOLUCION

(Expediente SNC/0024/12 MEDIASET)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 6 de febrero de 2013.

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente Sancionador SNC/0024/12 contra MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET), por el incumplimiento de los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de 28 de octubre de 2010, por la que se autorizaba la operación de concentración C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, así como de diversas obligaciones previstas en el Plan de actuaciones de 23 de febrero de 2011, que tenía como objetivo garantizar el cumplimiento de los compromisos contemplados en la citada resolución, lo que supone una infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tras la propuesta elevada por la Dirección de Investigación conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 28 de octubre de 2010, dictada en el expediente de concentración C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) autorizó, subordinada al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por el notificante el 19 de octubre de 2010, la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U (CUATRO) por parte de GESTEVISIÓN TELECINCO S.A (TELECINCO). Esta Resolución devino firme el 11 de noviembre de 2010, al no haber sido elevada a Consejo de Ministros por la Ministra de Economía y Hacienda y no haber sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional.

2. La autorización se subordinó al cumplimiento de una serie de compromisos cuya implementación requiere la elaboración de un Plan de Actuaciones, tal y como se establece en el resuelve segundo de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, disponiendo MEDIASET de un mes de plazo para su presentación. El Plan de Actuaciones es el primer paso para la implementación de los compromisos contenidos en la RCNC C/0230/, que debe ser presentado por las partes y aprobado por la Directora de Investigación. Dicho Plan fue presentado fuera de plazo y a requerimiento de la Directora de Investigación. La Dirección de Investigación, a instancias del Consejo de la CNC, acordó con fecha 27 de abril de 2011 incoar expediente sancionador contra MEDIASET por este incumplimiento, ya que el mismo, al contravenir lo estipulado en una Resolución de la CNC, supondría una infracción que la LDC tipifica como muy grave en el artículo 62.4.c) de la LDC. Se le asignó como referencia SNC/0012/11. Este expediente fue resuelto por el Consejo de la CNC el 29 de julio de 2011, sancionando a MEDIASET por una infracción muy grave. Dicha resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional y desestimada por Sentencia de 8 de enero de 2013.
3. Tras el requerimiento de la Dirección de Investigación, el 13 de enero de 2011 tuvo entrada en la CNC la primera propuesta de Plan de Actuaciones de MEDIASET, siendo solicitado el mismo día la subsanación del mismo y otorgando para ello un plazo de diez días, plazo que fue ampliado otros cinco días a solicitud de MEDIASET. El 31 de enero de 2011 se recibió en la CNC un escrito de MEDIASET acompañando nueva propuesta de Plan de Actuaciones y solicitando la aprobación del mismo por la Dirección de Investigación. El 23 de febrero de 2011 la Directora de Investigación acordó (folios 248 a 274) introducir determinadas modificaciones necesarias en el Plan de Actuaciones, para el adecuado cumplimiento de los compromisos propuestos por MEDIASET el 19 de octubre de 2010, y acordó la aprobación del Plan de Actuaciones modificado (folios 275 a 290). El 7 de marzo de 2011 MEDIASET recurrió la Resolución de la Directora de Investigación que aprobaba el Plan de Actuaciones ante el Consejo de la CNC (R/0068/11), solicitando asimismo la suspensión cautelar de lo establecido en el Plan de Actuaciones en determinados puntos. Con fecha 21 de marzo de 2011 el Consejo de la CNC acordó denegar la solicitud de MEDIASET de suspensión de la ejecutividad del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011. El 25 de abril de 2011 el Consejo de la CNC desestimó el recurso planteado por MEDIASET (folios 456 y ss.), confirmando el contenido del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011. La citada resolución fue recurrida el 10 de mayo de 2011 por MEDIASET ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, solicitando MEDIASET como medida cautelar la suspensión de parte de la instrumentación del compromiso (vi) prevista en el Plan de Actuaciones. El 7 de octubre de 2011 la Audiencia Nacional denegó las medidas cautelares sobre el compromiso (vi) solicitadas por MEDIASET (folios 1.242 y ss.) y el 30 de marzo de 2012 la Audiencia Nacional desestimó este recurso de MEDIASET (folios 3.451 y ss.).
4. Con respecto al Plan de Actuaciones, el 2 de junio de 2011 la Dirección de Investigación acordó su publicación en la página web de la CNC, requiriendo a MEDIASET para que pusiese de manifiesto aquellos datos que pudiera considerar confidenciales. En su escrito del 8 de junio de 2011, MEDIASET solicitó la

confidencialidad de determinados puntos del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011. Por resolución de la Dirección de Investigación de 10 de junio de 2011 se denegó parcialmente la confidencialidad del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 (folios 909 y ss.). El 22 de junio de 2011 tuvo entrada en la CNC un recurso ante el Consejo de la CNC contra la citada Resolución de 10 de junio de 2011 (R/0076/11). El 23 de agosto de 2011 el Consejo de la CNC desestimó el citado recurso (folios 1.160 a 1.169). MEDIASET (folios 1.170 y ss.) recurrió dicha resolución el 25 de agosto de 2011 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, solicitando la suspensión de la ejecutividad de la resolución del 23 de agosto de 2011 del Consejo de la CNC y del acuerdo de 10 de junio de 2011 de la Dirección de Investigación. El 2 de enero de 2012 la Audiencia Nacional acordó denegar la medida cautelar solicitada por MEDIASET, por lo que posteriormente se procedió a la publicación del Plan en la página web de la CNC. Este recurso fue desestimado por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 9 de mayo de 2012.

5. Con objeto de garantizar el cumplimiento por parte de MEDIASET de los compromisos presentados y detallados en la Resolución del Consejo de la CNC, la Dirección de Investigación abrió el expediente de vigilancia VC/0230/10, en el ejercicio de las funciones de vigilancia que le encomienda el artículo 35.2 c) de la LDC.
 - 5.1. En el marco del expediente VC/0230/10 TELE CINCO/ CUATRO, el 24 de mayo de 2011, tuvo entrada en la CNC un escrito de la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) (folios 841 y ss.), en relación con la situación del mercado publicitario televisivo en España, indicando que a su juicio existen indicios de vinculación de canales que podría contravenir los compromisos asumidos por MEDIASET.
 - 5.2. Para poder realizar una adecuada vigilancia de los compromisos, tal y como se especifica en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011, MEDIASET estaba obligada a remitir a la CNC determinada información. Con el fin de obtener dicha información de forma completa, la Dirección de Investigación envió a MEDIASET requerimientos con fecha 9 de marzo de 2011 (folios 291 y ss.); 29 de abril de 2011 (folios 470 y ss.); 20 de mayo de 2011 (folios 837 y ss.); 1 de junio de 2011 (folios 890 y ss.); 22 de septiembre de 2011 (1.180 y ss.); 17 de octubre de 2011 (folios 1.258 y ss.); 24 de octubre de 2011 (folios 1.266 y ss.) y 1 de diciembre de 2011 (folios 1.612 y ss.).
 - 5.3. El requerimiento de información de fecha 24 de octubre de 2011 fue recurrido por MEDIASET ante el Consejo de la CNC con fecha 10 de noviembre de 2011 (R0086/11) (folios 1.354 y ss.). Este recurso fue inadmitido a trámite por el Consejo de la CNC el 28 de noviembre de 2011, si bien la decisión del Consejo de la CNC fue recurrida por MEDIASET ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 30 de marzo de 2012, estando este último recurso pendiente de resolución.
 - 5.4. El 28 de noviembre de 2011 el Consejo de la CNC acordó solicitar a la Dirección de Investigación que le informase sobre el grado de cumplimiento por parte de MEDIASET del compromiso (vi) (folios 1.460 y ss.).

- 5.5. Con fechas 21 de diciembre de 2011 (folios 2.524 y ss.) y 25 de enero de 2011 (folios 2.807 y ss.) fueron enviados a MEDIASET requerimientos adicionales con el fin de obtener información adicional o aclaraciones sobre determinados datos aportados previamente.
- 5.6. Con fecha 13 de enero de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de la Asociación Española de Anunciantes (AEA) (folios 2.864 y ss.) relativo a una encuesta de mercado realizada entre sus asociados para conocer el grado de cumplimiento de los compromisos que MEDIASET asumió en el mercado de la publicidad en televisión.
- 5.7. El 28 de febrero de 2012, se incorporó al expediente de vigilancia, por ser de interés para la tramitación del mismo, determinada documentación que obraba en el expediente de concentración S/0375/11, de la que se dedujo testimonio tras haberse realizado un trámite de alegaciones (acuerdo-folios 2.920 a 2.921; documentos incorporados folios 2.922 y ss.).
- 5.8. De conformidad con el artículo 42 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, con fecha 29 de febrero de 2012 la Dirección de Investigación elaboró una propuesta de informe parcial de vigilancia (folios 3.048 y ss.), que fue remitida con fecha 1 de marzo de 2012 a MEDIASET y a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), con el fin de que formularan alegaciones.
- 5.9. Con fecha 14 de marzo de 2012 se recibió el informe de la SETSI indicando que no efectuaban observación alguna al informe de la Dirección de Investigación y aportando determinada información sobre la gestión publicitaria de MEDIASET (folios 3.273 y ss.). Las alegaciones de MEDIASET a dicho informe se recibieron en la CNC el 28 de marzo de 2012 (folios 3.276 y ss.).
- 5.10. El 27 de abril de 2012 la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC un informe parcial de vigilancia (folios 3.559 y ss.) en el que se detallaban hechos acreditado e indicios de diversos incumplimientos por parte de MEDIASET de los compromisos incluidos en la Resolución de la CNC de 28 de octubre de 2010 y del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011.
- 5.11. El 6 de junio de 2012 el Consejo de la CNC resolvió, tras recibir el informe parcial de vigilancia de la Dirección de Investigación en el expediente VC/0230/10, declarar el incumplimiento por parte de MEDIASET de diversas obligaciones de provisión de información que tenían como objetivo garantizar el cumplimiento de determinados compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración TELECINCO/CUATRO, declarar el incumplimiento de los compromisos (iii), (vi) y (xii), y así como la existencia de indicios de incumplimiento del compromiso (ii), instando a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos mencionados (folios 3.845 a 3.894). No consta que la citada Resolución de 6 de junio de 2012 haya sido recurrida ante la Audiencia nacional.

6. El 7 de junio de 2012, mediante resolución de la Directora de Investigación y en virtud del artículo 70.2 de la LDC, se acordó incoar expediente sancionador contra MEDIASET por una infracción del artículo 62.4.c) de la LDC (folios 1 y ss.). Este expediente ha quedado registrado con el número SNC/0024/12 dando lugar a la presente resolución.
 - 6.1. El 7 de junio de 2011, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en el artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se notificó a MEDIASET el acuerdo de incoación, al objeto de que pudiera presentar alegaciones frente a los cargos formulados por la CNC (folios 10 a 19). Con fecha 3 de julio de 2012 tuvieron entrada en la CNC las alegaciones de MEDIASET al acuerdo de incoación (folios 43 y ss.).
 - 6.2. Los días 12 y 29 de junio de 2012 respectivamente, Antena 3 Televisión S.A. (ANTENA 3) y AEA solicitaron la condición de interesado en este expediente sancionador. Con fecha 6 de julio de 2012 se notificó a los operadores mencionados el acuerdo de la Dirección de Investigación de 5 de julio de 2012 denegándoles la condición de interesado (folios 55 y ss.).
 - 6.3. El 5 de julio de 2012 se incorporó al expediente de referencia, por ser de interés para la tramitación del mismo, determinada documentación que obraba en el expediente de vigilancia VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO, tras haberse realizado un trámite de alegaciones ante los operadores implicados¹.
 - 6.4. El 12 de julio de 2012 y de acuerdo con el artículo 39.1 de la LDC, se enviaron requerimientos de información a [CONFIDENCIAL], sobre cuestiones relacionadas con el mercado de publicidad en televisión (folios 3.926 y ss.; 3.950 y ss.).
 - 6.5. El 24 de julio de 2012, se incorporó al expediente de referencia, por ser de interés para la tramitación del mismo, determinada documentación que obraba en el expediente C/0432/12, tras haber solicitado alegaciones a las empresas afectadas² (folios 3.972 y ss.).
 - 6.6. El 9 de agosto de 2012 MEDIASET remitió un escrito complementario a las alegaciones al acuerdo de incoación (folios 10.593 y ss.).
 - 6.7. El 21 de septiembre de 2012 tuvo entrada escrito de MEDIASET solicitando el levantamiento total o parcial de la confidencialidad de las respuestas al requerimiento de información del 12 de julio de 2012 de determinados anunciantes [CONFIDENCIAL], (folios 10.597 y ss.).
 - 6.8. El 1 de octubre de 2012 se acordó de oficio el levantamiento parcial de la confidencialidad de sus respuestas al requerimiento del 12 de julio de 2012, manteniendo la confidencialidad de la identidad de los mismos e

¹ MEDIASET, AEA, la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA), y las agencias de medios (AEGIS, GROUP M, HAVAS, MAGNA, OMNICOM, YMEDIA y VIVAKY).

²[CONFIDENCIAL].

incorporándose dichas versiones censuradas al expediente (folios 10.619 y ss.). Asimismo, en este acuerdo se aceptó cautelarmente la nueva solicitud de confidencialidad de [CONFIDENCIAL], que levantaba la confidencialidad de determinados datos para los que anteriormente la había solicitado.

- 6.9. El 5 de octubre de 2012 se incorporó al expediente de referencia, por ser de interés para la tramitación del mismo, determinada documentación relacionada con los datos de ventas de publicidad televisiva de MEDIASET que obraba en el expediente de vigilancia VC/230/10, de la que se dedujo testimonio tras haberse realizado un trámite de alegaciones (folios 10.646 y ss.).
- 6.10. El 8 de octubre de 2012, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993), la DI emitió la propuesta de resolución, en la que se valora que MEDIASET ha incumplido la Resolución CNC, S/0230/10 de 28 de octubre de 2010, dando a MEDIASET un plazo de 15 días para formular alegaciones.
- 6.11. El 7 de noviembre de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de MEDIASET a la anteriormente referida propuesta de Resolución, solicitando se adoptase una resolución de archivo del expediente o en la que se declarase que MEDIASET ESPAÑA no había infringido la LDC por un supuesto incumplimiento de la Resolución de 28 de octubre de 2010 y/o el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011.
7. El 15 de octubre de 2012, tras la notificación de la propuesta de resolución sancionadora, tuvo entrada en la CNC escrito de MEDIASET por el que se interponía recurso administrativo, en virtud del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DI de levantamiento parcial de confidencialidad de 2 de octubre de 2012.
 - 7.1. La Dirección de Investigación haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 37.1.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), dictó acuerdo de suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del procedimiento, desde la fecha de presentación del recurso, el 15 de octubre de 2012, hasta que el Consejo de la CNC resolviese sobre dicho recurso interpuesto, según lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.
 - 7.2. El 14 de diciembre de 2012, por Resolución RCNC R/117/12 Mediaset, el Consejo resolvió desestimar el recurso.
8. El 27 de noviembre de 2012 MEDIASET presentó escrito solicitando a la Dirección de Investigación el levantamiento de la confidencialidad de las respuestas de todos los anunciantes a los resultados de la encuesta de la Asociación Española de Anunciantes (AEA) (folios 2.684 a 2.771), y de las respuestas al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 12 de julio de 2012 de los siguientes anunciantes: Gallina Blanca (folios 9.633 a 10.109), Unilever (folios 4.002 a 4.011), Nutrexpa (folios 10.111 a 10.249), Gas Natural (folios 10.454 a 10.576), Vodafone (folios 6.085 a 6.106), ING Direct (folios 4.013 a 4.495),

Telepizza (6.059 a 6.083), y Arpora y Ausonia (folios 8.018 a 8.025).

9. El 18 de diciembre de 2012, la Dirección de Investigación, en virtud de lo establecido en el artículo 19.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, elevó al Consejo la propuesta de resolución en el expediente que es objeto de esta Resolución.
10. El 23 de enero de 2012 el Consejo acordó solicitar a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. información sobre su volumen de negocios, total, y desagregado en distintas áreas de negocio. Se suspende el computo del plazo máximo para dictar resolución conforme a lo dispuesto por el artículo 37.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. El 30 de enero tuvo lugar la contestación a este requerimiento.
11. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia concluyó su deliberación y fallo de este asunto en la Sesión celebrada el día 6 de febrero de 2013.
12. Es parte interesada MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET).

HECHOS PROBADOS

1. MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. es una empresa que cotiza en bolsa, cuyas principales áreas de actividad incluyen la televisión en abierto, publicidad, explotación de contenidos audiovisuales, producción y distribución de productos audiovisuales, y agencia de noticias. Está formada por un conjunto de empresas dedicadas al desarrollo de negocios vinculados con el sector audiovisual. El cambio de denominación social de GESTEVISION TELECINCO a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. se acordó en la Junta de Accionistas celebrada el 13 y 14 de abril.

La cabecera de MEDIASET es una sociedad italiana que cotiza en la bolsa de Milán y que está controlada en última instancia por Fininvest S.p.A, sociedad holding del Grupo Fininvest, con intereses en el sector audiovisual, editorial y servicios financieros.

Según la información que consta en su web la línea principal de actividad del Grupo es la explotación del espacio publicitario de las cadenas de televisión que opera. Tiene como objeto social la gestión indirecta del Servicio Público de Televisión y explota comercialmente los siguientes siete canales de Televisión: TELECINCO, cadena generalista; CUATRO, canal de televisión orientado al público joven con un modelo de programación basado en formatos de aventura, docu-realities, concursos, reportajes, programas de coach y series de ficción extranjera; LASIETE, cadena de nueva ventana que emite programas del resto de cadenas de Mediaset España y también otros contenidos; FACTORÍA DE FICCIÓN (FDF), emite esencialmente contenido de ficción; BOING, canal con contenidos infantiles; DIVINITY, diseñado para la audiencia femenina y urbana, el primer canal nacido de un portal de Internet (divinity.es); y ENERGY, canal dirigido al público masculino con deporte, series extranjeras, y cine de acción.

Además, MEDIASET produce y emite contenidos audiovisuales en distintas plataformas (televisión e internet) para explotarlos comercialmente a través de Publiespaña, Publimedia Gestión y el área Comercial, encargada de la venta de derechos, licencias y productos derivados.

Adicionalmente, MEDIASET produce cine y opera en el ámbito de las agencias de noticias audiovisuales a través de TELECINCO CINEMA. La compañía cuenta con diferentes participaciones en empresas del sector audiovisual, principalmente en España, pero también en otros países. Así, cuenta con participaciones significativas en 23 sociedades distintas.

2. El 28 de octubre de 2010 el Consejo de la CNC dictó la RCNC C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, en la que resolvió subordinar, en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, la autorización de la concentración entre TELECINCO y CUATRO al cumplimiento de los compromisos propuestos por el notificante el 19 de octubre de 2010, que se transcriben a continuación:
- (i) *Telecinco se compromete a no 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 5 que gestiona (en adelante, los “canales principales”). Además, la audiencia conjunta de los canales incluidos en cada paquete comercial no será 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.*
 - (ii) *Telecinco se compromete a no desarrollar políticas comerciales, y en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión.*
 - (iii) *Telecinco se compromete a no concluir nuevos contratos para la gestión de publicidad de terceros operadores de TDT en abierto de ámbito estatal, regional o local.*
Respecto de los contratos suscritos con terceros operadores de TDT en abierto de ámbito estatal, regional o local para la gestión de la publicidad con anterioridad a la operación de concentración, Telecinco se compromete a limitar la duración de los mismos a un periodo máximo de un año desde la entrada en vigor de los presentes compromisos.
Telecinco se compromete a que la gestión de publicidad de terceros canales ajenos al grupo de televisión de pago, incluido Digital+, se realice mediante una empresa distinta de la que gestiona la publicidad de los canales de Telecinco en abierto, con plena autonomía funcional y comercial.
 - (iv) *Telecinco se compromete, mientras mantenga una participación común con Prisa y/o Telefónica en Digital+, a no comercializar conjuntamente publicidad con soportes publicitarios gestionados, respectivamente, por Prisa y/o Telefónica, y sus empresas filiales o participadas (en adelante “Prisa y/o Telefónica”).*

- (v) *Telecinco se compromete, mientras mantenga una participación común con Prisa y/o Telefónica en Digital+, a aplicar a Telefónica y Prisa condiciones de mercado y no un trato preferente o exclusivo en la contratación de publicidad por dichas compañías.*
- (vi) *Telecinco se compromete a no concluir contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros con una duración superior a tres años y se compromete a que dichos contratos no incluyan cláusulas de renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o adquisición preferente para períodos sucesivos. Como excepción a lo anterior, se permitirá que Telecinco tenga contratos que cubran la “vida total” de cada serie y cada programa de entretenimiento. En el caso de películas cinematográficas, se permitirá que cada película sea explotada en exclusiva por un periodo máximo de cinco años. En el caso de los contratos de adquisición de contenidos audiovisuales exclusivos actualmente en vigor que superen los anteriores límites, Telecinco se compromete a otorgar al proveedor un derecho, que podrá ejercerse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de los compromisos, y sujeto a la correspondiente compensación conforme a criterios objetivos y proporcionales, de modificar los 6 contratos para ajustarlos a los anteriores límites, sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos. Asimismo, Telecinco renunciará expresamente a ejercer en cualquier momento los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente que pudiera haber en tales contratos. A efectos de lo previsto en el presente compromiso, cualquier modificación o novación de los contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales que Telecinco tuviera suscritos tendrá la consideración de un nuevo contrato, quedando sometido a los compromisos antes señalados para los mismos.*
- (vii) *Telecinco se compromete, mientras sea accionista de control de Digital+, a no concluir para un mismo año contratos exclusivos de adquisición para televisión en abierto de la totalidad de la producción de películas cinematográficas y series de estreno, respectivamente, con más de tres de las siguientes productoras: Paramount, Disney, CBS, Warner, Universal, Sony/Columbia y Fox. Además, mientras sea accionista de control de Digital+, Telecinco se compromete a no adquirir más del 60% del volumen global anual de producción de estreno de todas las productoras anteriormente mencionadas en series y películas, respectivamente.*
- (viii) *Telecinco se compromete, mientras sea accionista de control de Digital+, a limitar la explotación exclusiva de derechos audiovisuales de acontecimientos deportivos para su emisión en televisión en abierto según las siguientes condiciones:*
- *Telecinco se compromete a no explotar en televisión en abierto en un mismo año derechos de emisión de partidos de la Liga de Primera División y los derechos de emisión de partidos de fútbol de más de una de las restantes competiciones oficiales nacionales o internacionales.*

- *Telecinco se compromete a no explotar en televisión en abierto en un mismo año derechos de emisión de más de dos de los siguientes bloques de eventos deportivos siguientes:*
 - *Campeonato del mundo de Fórmula 1*
 - *Campeonato del mundo de motociclismo*
 - *Competiciones oficiales nacionales o internacionales en las que participen clubes de baloncesto de primera división o la selección nacional*
 - *Tour de Francia y/o vuelta ciclista a España*
- (ix) *Telecinco se compromete a no alquilar o arrendar canales de múltiples titularidad de terceros operadores de TDT.*
- (x) *Telecinco se compromete, mientras sea accionista de control de Digital+, a garantizar la distribución de sus canales de televisión en abierto en otras plataformas de pago distintas de las de Digital+ y Telefónica, sin exigir contraprestación económica, siempre que (i) al menos una de ellas lo distribuya, (ii) tales plataformas garanticen un sistema fiable de medición de audiencias, y (iii) no se exija a Telecinco el pago de contraprestación alguna.*
- (xi) *Telecinco se compromete a no oponerse a conceder su autorización al lanzamiento por parte de los operadores con los que comparta múltiple de nuevos servicios o mejoras en la calidad de las emisiones, siempre que (i) dicho lanzamiento no perjudique la calidad de sus propias emisiones y (ii) reciba un trato recíproco por parte de los operadores con quien comparta múltiples.*
- (xii) *Telecinco se compromete a no concluir contratos que impliquen derechos de exclusiva o primera opción para la adquisición de la totalidad de la producción con productoras nacionales de contenidos, a renunciar expresamente a ejercer en cualquier momento los derechos de exclusiva para la adquisición de la totalidad de la producción, o a los derechos de primera opción sobre más de dos programas, con productoras no creadas con el apoyo de Telecinco, y a no renovar en términos de exclusividad o de primera opción, los contratos suscritos con las productoras que hayan sido creadas con el apoyo de Telecinco.*

Estos compromisos tendrán, salvo indicación en contrario, una duración inicial de tres años. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de dos años.

No obstante la duración prevista de los compromisos anteriores, Telecinco podrá solicitar a la Comisión Nacional de la Competencia la modificación de su contenido y duración, en caso de que se produzca una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados”.

3. El Plan de actuaciones de 23 de febrero de 2011 contenía una serie de obligaciones para garantizar el cumplimiento de los compromisos aceptados. Con respecto a lo que afecta a este expediente debe estarse a lo contenido en el Plan con respecto a los compromisos (i) (ii) (iii) (vi) y (xii).

3.1 Con respecto al compromiso (i) el Plan de Actuaciones, para verificar su cumplimiento especificaba: “(...) Finalmente, y para la adecuada vigilancia del presente compromiso, Telecinco remitirá a la CNC la audiencia media de cada uno de los canales en abierto gestionados por Telecinco en el semestre anterior al semestre de referencia, al inicio de cada semestre, así como una copia de las políticas comerciales de publicidad y de otras formas de comunicación comercial televisiva que se apliquen en dicho semestre, una vez que sean publicadas o aprobadas.

El primer envío de la información prevista en el párrafo anterior en relación con la audiencia y la política comercial adoptada, se realizará en el plazo de diez días desde la aprobación del presente Plan de Actuaciones y comprenderá todas las políticas comerciales aplicadas desde el 28 de diciembre de 2010.”

3.2 Con respecto al compromiso (ii) el Plan de Actuaciones, para verificar su cumplimiento especificaba (...) Para facilitar la vigilancia del presente compromiso, TELECINCO remitirá a la CNC, con carácter semestral y referido a cada semestre de referencia definido en el compromiso (i), la siguiente información:

- Información sobre la actividad publicitaria de TELECINCO durante el semestre de referencia. Dicha información incluirá, al menos:
 - o Al objeto de poder evaluar las condiciones de mercado que han condicionado la negociación de las condiciones comerciales y los criterios negociadores de TELECINCO durante el semestre de referencia, TELECINCO elaborará un informe en el que evalúe las diferentes circunstancias que hayan incidido en la negociación.
 - o Datos globales sobre GRPs y minutos comercializados e ingresos de publicidad en canales de televisión en abierto gestionados por TELECINCO:
 - Número de GRPs y minutos de publicidad comercializados por TELECINCO, y estimación del grado de saturación publicitaria (sobre la publicidad máxima legalmente permitida)
 - Ingresos obtenidos por la venta de espacios publicitarios e ingreso medio por GRP total

Estos datos se facilitarán para el total de los canales de televisión en abierto gestionados por TELECINCO, para cada uno de estos canales, así como para cada paquete comercial ofertado por TELECINCO.

- o Datos globales sobre contratación conjunta e individual de paquetes de publicidad en canales de televisión en abierto gestionados por TELECINCO:

- *Para cada paquete publicitario ofertado por TELECINCO, se facilitarán datos de GRPs totales contratados, ingresos totales e ingreso medio por GRP.*
- *Asimismo, se diferenciarán los anteriores datos según si cada campaña publicitaria contratada por un cliente de TELECINCO ha sido contratada sólo para un paquete individual de TELECINCO, o ha sido contratado simultáneamente en varios paquetes. De esta manera, para cada paquete se darán los anteriores datos en términos de contrataciones individuales de dicho paquete, y para cada combinación de paquetes, se darán los anteriores datos en términos de contrataciones simultáneas de dicha combinación de paquetes.*
- *Datos sobre ventas de espacios publicitarios en canales de televisión en abierto gestionados por TELECINCO, desglosados por clientes y campañas publicitarias contratadas*
 - *Para cada uno de los principales clientes de TELECINCO, entendiéndose por principales clientes aquellos que representen un 60% de la facturación publicitaria televisiva en abierto comercializada por TELECINCO, se aportará la información siguiente:*
 - *Identificación de cada campaña contratada, duración de la misma y paquetes contratados.*
 - *GRPs emitidos para dicha campaña en cada uno de los paquetes contratados y precio medio por GRP en cada paquete comercial contratado*
 - *Para las 10 campañas de mayor inversión que hayan contratado un único paquete comercial se facilitará GRPs emitidos para dicha campaña y precio medio por GRP contratado (...)."*

3.3 Con respecto al compromiso (iii) el Plan de Actuaciones, para verificar su cumplimiento especificaba

Respecto de los contratos suscritos con terceros operadores de TDT en abierto de ámbito estatal, regional o local para la gestión de la publicidad con anterioridad a la operación de concentración, Telecinco se compromete a limitar la duración de los mismos a un periodo máximo de un año desde la entrada en vigor de los presentes compromisos.

Telecinco se compromete a que la gestión de publicidad de terceros canales ajenos al grupo de televisión de pago, incluido Digital+, se realice mediante una empresa distinta de la que gestiona la publicidad de los canales de Telecinco en abierto, con plena autonomía funcional y comercial.

(...)TELECINCO informará a la CNC en el plazo de diez días desde la aprobación de este Plan de Actuaciones de la estructura organizativa del grupo Telecinco y sus sociedades filiales y/o participadas, identificando de manera precisa las unidades corporativas o empresas filiales o participadas relacionadas con la gestión para la definición y venta de espacios publicitarios y otras formas de comunicación comercial televisiva, así como las funciones o

actividades realizadas por cada una de ellas, señalando composición accionarial, de los órganos de administración y principales miembros directivos y del equipo comercial de dichas empresas y/o unidades corporativas. En particular aportará dicha información en relación con las empresas PUBLIESPAÑA y PUBLIMEDIA.”

3.4 Con respecto al compromiso (vi) el Plan de Actuaciones, para verificar su cumplimiento especificaba **Compromiso (vi):** (...). Los criterios para verificar la adecuación de los nuevos contratos de adquisición de contenidos exclusivos de esta naturaleza con el presente compromiso serán los siguientes:

- a) La duración de estos contratos no podrá exceder de 3 años desde la fecha de su firma.
- b) Al amparo de esta clase de contratos no podrán ponerse a disposición de TELECINCO películas o contenidos concretos una vez transcurrido un plazo de 3 años desde la firma de los mismos. Conforme a lo previsto, en el párrafo primero del compromiso (vi), en el caso de las series, para cada serie contratada se podrán poner a disposición de TELECINCO episodios de dicha serie a lo largo de la “vida total” de la misma.
- c) La explotación de cada uno de los contenidos individuales incluidos los episodios o capítulos de cada serie será 3 años con carácter general y de cinco años para las películas cinematográficas, a contar desde el momento de su puesta a disposición de TELECINCO (...).

En el caso de los contratos preexistentes con una duración superior a la establecida en los compromisos, conforme a los criterios señalados, TELECINCO se compromete a remitir a las partes firmantes de los mismos comunicación fehaciente otorgándole el derecho de modificar los contratos suscritos para ajustarlos a los límites establecidos en el compromiso (vi), sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos; y en la que se especificará, en su caso, el alcance o la cuantía de la compensación que dicha modificación implicaría para la otra parte, o en su defecto el procedimiento o criterios para determinar dicha cuantía, que deberán ser objetivos y proporcionales.

(...) En lo que se refiere a los contratos preexistentes, que incluyan mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente, TELECINCO se compromete a remitir a las partes firmantes de los mismos una comunicación fehaciente de su renuncia unilateral, incondicional y sin compensación, al ejercicio de dichos derechos.

TELECINCO realizará dichas comunicaciones en el plazo máximo de quince días desde la aprobación del presente Plan de Actuaciones.

(...) “Asimismo, TELECINCO remitirá a la CNC, en el plazo máximo de 1 mes tras la aprobación del presente Plan de Actuaciones, un listado de todos los contratos vigentes en la fecha de vigencia de los compromisos (28 de diciembre de 2010), suscritos, respectivamente, por TELECINCO y CUATRO para la adquisición de contenidos exclusivos de terceros, con indicación de los elementos relevantes (fecha de firma del contrato, fecha de expiración del

contrato, duración del derecho de explotación de cada contenido, existencia de mecanismo de prórroga o derechos de adquisición preferente, etc.) (el Informe sobre contratos vigentes, en adelante), en el que se identificarán expresamente aquéllos que a criterio de TELECINCO estuvieran afectados por duración excesiva o incluyeran mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente, conforme a los señalado más arriba”(…)

3.5 Con respecto al compromiso (xii) el Plan de Actuaciones, para verificar su cumplimiento especificaba:

(…) “TELECINCO, en el plazo máximo de 1 mes desde la aprobación del presente Plan de Actuaciones, facilitará a la CNC la siguiente información:

- Respecto de las productoras creadas con el apoyo de TELECINCO:

- o Justificación sobre el apoyo de TELECINCO en la creación de dichas productoras.*
- o Copia de los contratos vigentes entre TELECINCO y las mencionadas productoras.*

- Relación de los contratos vigentes a la fecha de vigencia de los compromisos, suscritos con productoras nacionales, señalando nombre de la productora, fecha y duración contractual, alcance resumido del contrato, existencia de cláusulas de exclusividad sobre la producción, estimación del porcentaje que los contratos de TELECINCO representan respecto de la producción de cada productora. Se identificarán en esta relación aquellos contratos que pudieran estar afectados por las condiciones recogidas en el compromiso (xii).”

4. El 6 de junio de 2012 el Consejo de la CNC dictó la RCNC VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO, en la que resolvió (subrayado añadido):

“PRIMERO. Declarar que, tal y como se describe en los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Quinto, MEDIASET ha incumplido diversas obligaciones de provisión de información que tenían como objetivo garantizar el cumplimiento de los compromisos (i), (ii), (iii), (vi) y (xii) a los que se subordinó la autorización de la concentración consistente en la adquisición por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. del control exclusivo de SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (CUATRO) mediante Resolución de 28 de octubre de 2010 en virtud del artículo 58.4.b de la Ley 15/2007.

*SEGUNDO. Declarar que existen indicios de que MEDIASET ha incumplido, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Segundo y Séptimo, lo establecido en el **compromiso (ii)** contemplado en la citada Resolución de 28 de octubre de 2010.*

TERCERO. Declarar que MEDIASET ha incumplido, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Segundo y Octavo, lo establecido en el compromiso (iii) contemplado en la citada Resolución de 28 de octubre de 2010.

CUARTO. Declarar que MEDIASET ha incumplido, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Tercero y Noveno, lo establecido en el compromiso (vi) contemplado en la citada Resolución de 28 de octubre de 2010.

QUINTO. Declarar que MEDIASET ha incumplido, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Tercero y Noveno, lo establecido en el compromiso (xii) contemplado en la citada Resolución de 28 de octubre de 2010.

SEXTO. Interesar de la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos expresados en los Resuelve anteriores.”

5. Sobre las actuaciones llevadas a cabo por MEDIASET respecto al compromiso (ii) de la RCNC y del Plan de Actuaciones, el Consejo considera acreditados los hechos contenidos en la Propuesta de Resolución, y que a continuación se reproducen:

“III.I.1 Política comercial de MEDIASET

(43) Como cuestión previa y para facilitar la comprensión de los compromisos asumidos por MEDIASET en el mercado de la publicidad televisiva, se realiza un breve repaso de la evolución política comercial de MEDIASET en este mercado.

(44) Según se desprende de los folletos de política comercial aportados para el año 2011 y primer trimestre de 2012, la oferta comercial de publicidad de televisión en abierto de MEDIASET comprendería las siguientes opciones de compra:

(45) Módulos Publiespaña: Estos módulos multicanal se venden a coste GRP, lo que implica la adquisición de una audiencia determinada de un target o público objetivo concreto que MEDIASET repartirá, respetando unos límites acordados en cuanto a la inversión dedicada a prime Time y peso dedicado al canal de mayor audiencia, entre las distintas franjas horarias y canales de MEDIASET que conforman el módulo.

(46) Existen dos módulos Publiespaña a coste GRP, el módulo Publiespaña Telecinco y el módulo Publiespaña Cuatro (si bien éste módulo estuvo compuesto durante dos trimestres por un único canal), que a su vez permiten una adquisición por target de compra. Así, por ejemplo, se podría adquirir el Módulo Publiespaña Telecinco amas de casa o el Módulo Publiespaña Cuatro adultos.

(47) Módulo NOSOLOFDF (NSF): En agosto de 2011 (folios 1.087 a 1.124) surge un nuevo módulo multicanal, el módulo NOSOLOFDF (NSF), que incluye los canales FDF, La7 y Divinity, y que se comercializa a través de un sistema de pauta única, es decir la emisión de la publicidad se produce al mismo tiempo en todos los canales del módulo (simulcast). Dicho módulo se oferta conjuntamente con el canal Telecinco dentro del módulo Publiespaña Telecinco, si bien puede adquirirse individualmente, tanto a venta a descuento como a coste GRP.

(48) Módulos multicanal a descuento: Estos módulos implican la adquisición de espacio publicitario y no de audiencia. En este caso el anunciante adquiere un

volumen de espacio que MEDIASET repartirá, respetando unos límites preestablecidos en cuanto a la inversión dedicada a cada canal y cada tipo de franja horaria (lo denominan oro, plata y bronce según sea prime time, day time o madrugada), como estime conveniente.

(49) Existen tres módulos multicanal a descuento, el módulo Telecinco a descuento, el módulo CUATRO a descuento (si bien éste módulo estuvo compuesto durante dos trimestres por un único canal) y el módulo NSF.

(50) En cuanto a la composición de los módulos multicanal (módulos Publiespaña y módulos a descuento) éstos han ido variando a lo largo del tiempo:

Primer trimestre 2011: TELECINCO (Telecinco, La7 y FDF) y CUATRO (Cuatro y FDF)

Segundo trimestre 2011: TELECINCO (Telecinco, La7, FDF y Divinity), CUATRO (Cuatro)

Tercer trimestre 2011 a partir de agosto: NSF (FDF, La7 y Divinity), TELECINCO (Telecinco y NSF), y CUATRO (Cuatro)

Primer trimestre 2012 a partir de febrero: NSF (FDF y La7); TELECINCO (Telecinco y NSF), y CUATRO (Cuatro, Divinity y Energy). El 1 de febrero de 2012 el Módulo Publiespaña Cuatro pasó a venderse siguiendo el sistema de la pauta única (folios 2.812 a 2.859).

(51) Módulos Monocadena: Según figura en las copias de las políticas comerciales aportadas por MEDIASET, hasta agosto de 2011 se permitía la compra individual de cada una de las cadenas del grupo, lo que MEDIASET denominaba “módulos monocadena”, ya sea a descuento o a coste GRP y fijando MEDIASET el reparto de los GRP’s o de los espacios publicitarios entre las distintas franjas horarias.

(52) Con la introducción del sistema de la pauta única en los canales del módulo NSF a partir de agosto de 2011 (folios 1.087 a 1.159, 1.309 a 1.350, 1.572 a 1.611 y 2.604 a 2.609), desaparece inicialmente de los folletos de política comercial de MEDIASET la opción de adquirir individualmente publicidad en los canales que configuran el módulo NSF, bajo cualquier modalidad de venta. Con fecha 2 de febrero de 2012 MEDIASET aportó copia de su política comercial (folios 2.812 a 2.859) para dicho mes en la cual se vuelve a ofrecer, nominalmente, la posibilidad de adquirir de manera individualizada todos los canales del grupo.

(53) Finalmente, se adjunta un cuadro resumen de la inversión publicitaria realizada en los canales de MEDIASET en función de los distintos módulos de venta y modalidades de comercialización durante los tres primeros semestres de referencia.

DESGLOSE DE INGRESOS PUBLICIDAD TELEVISION ABIERTO POR MODULOS 1ER SEMESTRE 2011 (EUROS)

	MODULOS MONOCADENA							MODULOS MULTICADENA		
	TELECINCO	FDI	LASIETE	BOING	CUATRO	DIVINITY	ENERGY	PUBLIESP. TELECINCO	PUBLIESP. CUATRO	MÓDULO NSF
	1 semestre 2011									
A DESCUENTO	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	canal creado en 2012	CONF	CONF	módulo creado en 2sem11
A COSTE/GRP	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF		CONF	CONF	
	2 semestre 2011									
A DESCUENTO	CONF	CONF	CONF	CONF	*	CONF	canal creado en 2012	CONF	CONF	CONF
A COSTE/GRP	CONF	CONF	CONF	CONF		CONF		CONF	CONF	CONF
	1 semestre 2012									
A DESCUENTO	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF
A COSTE/GRP	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF	CONF

Fuente: respuesta de MEDIASET a requerimientos de 24 octubre 2011 y 18 de septiembre de 2012 en el VC/230 incorporados al presente expediente. Folios 1.395 y 10.646

* El módulo Publiespaña Cuatro está formado en el segundo semestre de 2011 por el canal Cuatro, por lo que en ese semestre la opción monocadena Cuatro y Publiespaña Cuatro son coincidentes.

(54) Según los anteriores datos los ingresos provenientes de los módulos multicanal de MEDIASET aumentan del [CONFIDENCIAL], entre el primer semestre de 2011 y el primer semestre de 2012 como consecuencia de la [CONFIDENCIAL] de ventas del módulo monocadena Telecinco a coste GRP, que pasa de [CONFIDENCIAL] millones de euros [CONFIDENCIAL] millones de euros. Por otro lado, se observa que como consecuencia de la introducción de la pauta única, la venta individualizada de los canales que la conforman (Fdf, La7, Divinity, Cuatro y el nuevo canal Energy) ha pasado de [CONFIDENCIAL] millones de euros en el primer semestre de 2011 ([CONFIDENCIAL] % del total ventas MEDIASET) a [CONFIDENCIAL] millones en el primer semestre de 2012 ([CONFIDENCIAL] % total ventas MEDIASET).

“III.1.3. Compromiso (ii)

“(…) Compromiso de no vinculación de los canales Telecinco y Cuatro

(67) De los datos aportados por MEDIASET en el expediente de vigilancia, relativos a la comercialización de publicidad en televisión en abierto en el primer semestre de 2011, la primera observación relevante sobre la posible vinculación de canales surge de un análisis global de los mismos.

VENTA DE PUBLICIDAD TELEVISIVA DE MEDIASET - 1er semestre 2011	INGRESOS €	%
TOTAL MEDIASET	[CONFIDENCIAL]	100%
COMPRAS QUE INCLUYEN TELECINCO Y CUATRO	[CONFIDENCIAL]	CONF
COMPRAS QUE INCLUYEN TODOS LOS CANALES DE MEDIASET (con independencia de que incluyan o no a BOING)	[CONFIDENCIAL]	CONF
COMPRAS QUE INCLUYEN CUATRO PERO NO TELECINCO	[CONFIDENCIAL]	CONF
COMPRAS QUE INCLUYEN TELECINCO PERO NO CUATRO	[CONFIDENCIAL]	CONF
NO INCLUYE NI CUATRO NI TELECINCO (principalmente BOING)	[CONFIDENCIAL]	CONF
<i>Fuente: Elaboración propia a partir de datos de MEDIASET en respuesta a diversos requerimientos de la Dirección de Investigación.</i>		

(68) Así, a partir de una agregación de los datos aportados por MEDIASET sobre las distintas combinaciones de canales adquiridos por los anunciantes, se observa como la mayoría de los anunciantes adquieren simultáneamente TELECINCO y CUATRO. Concretamente, en el primer semestre de 2011 un [CONFIDENCIAL] % de lo[s] ingresos (idéntico porcentaje se obtiene a partir de datos de GRP's vendidos por MEDIASET) provienen de anunciantes que han invertido simultáneamente en los canales de TELECINCO y CUATRO.

(69) En cuanto al porcentaje de ingresos que provienen de anunciantes que adquieren únicamente uno u otro canal el mismo es muy reducido en el primer semestre de 2011, un [CONFIDENCIAL]% provienen de anunciantes que

adquieren TELECINCO sin adquirir CUATRO y un [CONFIDENCIAL]% de anunciantes que adquieren CUATRO sin invertir en TELECINCO.

(70) Por otra parte, según los datos aportados por MEDIASET, las ventas simultáneas del módulo Publiespaña Telecinco y el módulo Publiespaña Cuatro (que incluyen todos los canales gestionados por MEDIASET excepto Boing) han pasado de producirse en el [CONFIDENCIAL]% de las ventas en valor de MEDIASET en el primer semestre de 2011 al [CONFIDENCIAL]% en el segundo semestre de 2011 y el [CONFIDENCIAL] % en el primer semestre de 2012.

(71) Por otro lado, con fecha 13 de enero de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de la Asociación Española de Anunciantes (AEA) (folios 2.648 y ss.) facilitando una encuesta anónima realizada entre los anunciantes asociados en relación con el cumplimiento por parte de MEDIASET de los compromisos adquiridos en el mercado de la publicidad televisiva. Las conclusiones del cuestionario, según la AEA, muestran que MEDIASET estaría desarrollando una estrategia de vinculación de los canales TELECINCO y CUATRO para lo cual:

- “Exige un porcentaje mínimo sobre el total de los GRP'S de la campaña del anunciante para realizar su oferta.
- Vincula el coste de ambos presupuestos a la efectiva contratación de las cadenas principales.
- Ofrece más GRP'S de lo que es capaz de generar en alguna de sus cadenas principales para compensar éstos con GRP'S en otra de sus cadenas principales o de sus cadenas secundarias.”

(72) Para determinar la veracidad de las anteriores afirmaciones, y confirmar los indicios de vinculación que se desprenden de los datos facilitados por MEDIASET en el marco del compromiso (ii), con fecha 12 de julio de 2012 esta Dirección de Investigación realizó requerimientos de información (folios 3.922 y ss.) a 15 anunciantes en España³ en el marco del expediente de referencia.

(73) De las respuestas a los requerimientos de información y, en particular, de las pruebas aportadas en el marco de dichas contestaciones, concretamente, las propuestas comerciales recibidas por los anunciantes de parte de MEDIASET a partir de diciembre de 2010, se desprenden una serie de hechos que permiten avalar lo apuntado por la AEA.

(74) En primer lugar, todos los anunciantes consultados reciben [CONFIDENCIAL] una primera propuesta comercial. Dicha propuesta incluye en un único documento ofertas para los dos módulos Publiespaña, el de Telecinco y el de Cuatro, y en el caso de algún anunciante concreto, adicionalmente ofertas para los módulos monocadena Telecinco y Cuatro. Ninguno de los anunciantes consultados recibió ofertas para la adquisición individual a coste GRP del módulo NSF o de los canales La7, Divinity y FDF.

(75) En segundo lugar, y en relación con el proceso de negociación, la totalidad de los anunciantes señalan que las negociaciones para la adquisición

³. [CONFIDENCIAL]

del módulo Publiespaña Telecinco y Publiespaña Cuatro se realiza con los mismos interlocutores y como parte de un mismo proceso, especificando la mayoría de ellos que la negociación se realiza de manera global.

(76) Así, preguntados sobre la negociación conjunta de los módulos Publiespaña, la mayoría de los anunciantes afirman que ambos módulos se negocian de manera conjunta:

- [CONFIDENCIAL] *“Durante las conversaciones se habla de cada cadena como un ente separado pero en una sola llamada se habla de las dos y de la cuota conjunta para Mediaset. Y siempre se habla en conjunto de lo que arroja el global de la negociación en todos los términos.*

La negociación parte de un share conjunto, se desarrolla partiendo de este share viendo qué posibilidades hay de movilidad de los diferentes módulos.”
(Folios 4.004 y ss.)

Esto depende de lo saturadas que tengan cada una de las cadenas principales, lo que puede facilitar o endurecer la posibilidad de bajar el share a uno de los dos módulos a favor de otro, siempre a conveniencia de la cadena.

[CONFIDENCIAL]” (Folio 4.003)

- [CONFIDENCIAL] *“Se negocian en la mayoría de las ocasiones de manera conjunta.”* (Folio CONF.)
- [CONFIDENCIAL] *“Las condiciones de cada módulo son distintas, aunque la negociación se realiza de manera conjunta”. “Sí, es posible compensar GRP's entre módulos con el objetivo de alcanzar la cuota negociada”* (Folios CONF. y ss.)
- [CONFIDENCIAL]: *“Normalmente los módulos se negocian de manera conjunta y agregada”.* (Folios 6.096 y ss.)
- [CONFIDENCIAL] *“Se negocia ambos módulos de manera conjunta en cuanto al share total de grps a emitir, si bien puede negociar precios distintos para cada uno de estos módulos.”* (Folios 4.020 y ss.)
- [CONFIDENCIAL] *“Las negociaciones globales con los módulos Publiespaña Cuatro y Publiespaña Telecinco se efectúan con los mismos interlocutores y en el mismo proceso.”* (Folios CONF. y ss.)
- [CONFIDENCIAL] *“Aunque el coste se diferencia por módulo, al final la cuota de GRP's se plantea conjuntamente.”* (Folios CONF. y ss.)
- [CONFIDENCIAL] *“El precio ofertado es más bajo cuanto más alta es la cuota total entre Telecinco y Cuatro. Esto se hace explícito en las conversaciones con la cadena durante la negociación.”* (Folios CONF. y ss.)
- [CONFIDENCIAL] *“En las negociaciones Publiespaña suele poner más énfasis en conseguir como grupo (tanto con el módulo de Telecinco como con el módulo de Cuatro) el mayor porcentaje de la inversión total”*

“Los módulos en principio se tratan de manera separada, aunque el comercial de Publiespaña lleve la negociación a conseguir el mayor porcentaje de la inversión total o presión posible.” (Folios CONF. y ss.)

(77) *Si bien existen algunos anunciantes que señalan que los dos módulos se negocian por separado, los mismos, salvo [CONFIDENCIAL]⁴, se contradicen cuando en el mismo escrito de respuesta apuntan que se negocia una cuota global en MEDIASET.*

- [CONFIDENCIAL] *“Los costes de cada módulo nunca han estado vinculados entre sí. Tener presencia en ambos no ha supuesto nunca mejorar el escenario de costes vinculado a la presencia en una sola cadena.”*

“Toda negociación con una cadena conlleva un compromiso de cuota de Inversión o GRP’s” (Folios 9.643 y ss.)

- [CONFIDENCIAL].” *Primero se negocia el módulo Telecinco y posteriormente el módulo Cuatro”.*

“Normalmente sí (obtener mejores precios por adquirir ambos módulos)” (Folios CONF. y ss.)

- [CONFIDENCIAL] *“Las variaciones de cuota en un módulo no repercuten en cambios de costes en el otro módulo ya que se negocian por separado.”*

“Una vez cerradas las negociaciones, a fin de lograr el objetivo de GRP’s globales contratados sí es posible compensar un módulo con otro. Ver documento con nombre “3.3.b.iv_Share Publiespaña Abril 2011” en el que intentamos compensar un menor share en Cuatro con un mayor share en Grupo Telecinco.” (Folios 8.019 y ss.)

(78) *Como se desprende de las anteriores respuestas, la mayoría de los anunciantes consultados señalan que el porcentaje o cuota mínima sobre el total de los GRP’s de su campaña en el grupo MEDIASET, es el principal parámetro de negociación. En este sentido, estos anunciantes especifican que lo relevante de cara a obtener mejores condiciones no es tanto cumplir con las cuotas concretas acordadas para cada módulo Publiespaña, sino que lo importante es cumplir con la cuota global de GRPS’s en MEDIASET.*

(79) *Así a la pregunta “Indique si los precios por GRP o la cuota mínima de inversión exigida para cada uno de los principales módulos se ven alterados por las decisiones de no invertir o reducir la cuota de inversión en el otro módulo principal”, realizada en el marco del requerimiento de información de esta Dirección de Investigación, se obtuvieron las siguientes respuestas:*

- [CONFIDENCIAL]: *“Mientras se cumpla la cuota global no hay problema” (Folios 4.004 y ss.)*
- [CONFIDENCIAL]: *“Básicamente se tiene en cuenta el volumen global de inversión, no el reparto entre canales”. (Folios CONF. y ss.).*

⁴ También [CONFIDENCIAL], pero sus respuestas no se consideran representativas en la medida en que únicamente adquiere productos a descuento. (folios 5.776)

- [CONFIDENCIAL]: “Sí el volumen de inversión global no al reparto entre canales” (Folios CONF. y ss.).
- [CONFIDENCIAL] [CONFIDENCIAL]: : “Sí, si se decide prescindir de alguno de los módulos no se mantiene el precio indicado inicialmente para la cuota negociada en ese módulo, sino que sólo se mantendría si ése asume la cuota ofertada para el total de la cuota de Mediaset.” (Folio CONF).
- [CONFIDENCIAL]: “Sí, se ven afectados. Si se decide prescindir de alguno de los módulos, no se mantiene el precio indicado inicialmente para la cuota negociada sobre ese módulo, solo se mantiene si se asume la cuota ofertada para el total de la cuota del grupo MEDIASET.” (Folios 6.096 y ss.)
- [CONFIDENCIAL]: “El motivo principal que hace variar el precio es la cuota total que le des al grupo en su conjunto, si bien facilita llegar a esta cuota si tienes presencia en ambos módulos.”

“En algunos casos donde Publiespaña tiene más saturación de ocupación en un módulo que en otro y no alcanzamos los objetivos independientes en cada módulo, Publiespaña ha dado la opción a nuestra agencia de recuperar esos grps en otro de sus módulos de manera que se logran el total de los grps contratados.” (Folios 4.020 y ss.).
- [CONFIDENCIAL]: “Sólo se alteran los costes si no alcanzas la cuota solicitada, ya sea por separado o bien de forma concentrada en un único módulo.” (Folios CONF. y ss.).
- [CONFIDENCIAL]: “No se trate de una penalización por dejar de invertir sino de mejores costes por GRP cuanto mayor sea el volumen total contratado al grupo.” (Folios CONF.y ss.)
- [CONFIDENCIAL]: “Dado que lo negociado es una cuota global mínima, el precio de uno u otro módulo se ve afectado si esta se reduce en cualquiera de ambos. Bien por el escaso tiempo con el que se negocia, bien por el posible incumplimiento de las limitaciones impuestas tras la fusión entre ambas cadenas, son temas que siempre se tratan verbalmente.” (Folios CONF. y ss.)

(80) No obstante, al contrario de los anteriores, una serie de anunciantes señalan que no existe relación entre las cuotas mínimas de inversión exigidas para cada módulo.

- [CONFIDENCIAL] No, los precios por GRP o la cuota mínima de inversión exigida para cada uno de los principales módulos no se ven alterados por la decisión de invertir o reducir la cuota de inversión en el otro módulo principal. (Folios CONF. y ss.)
- AUSA: Las variaciones de cuota en un módulo no repercuten en cambios de costes en el otro módulo ya que se negocian por separado. (Folios 8.019 y SS)
- [CONFIDENCIAL]: No se ven alterados. (Folios CONF. y ss.)

- [CONFIDENCIAL]: Nunca se nos ha modificado o empeorado el coste de un módulo por decidir no tener presencia en el otro. (Folios 9.643 y ss.)

(81) A pesar de sus anteriores afirmaciones, lo cierto es que dichos anunciantes⁵ recibieron, e incluso siguen recibiendo, propuestas comerciales que incluyen una exigencia de cuota mínima de inversión en términos de GRP's para la totalidad de la inversión en el grupo MEDIASET.

(82) La negociación conjunta de los módulos Publiespaña (y por lo tanto de los canales TELECINCO y CUATRO) apuntada por la mayoría de los anunciantes se ve avalada por las propuestas comerciales recibidas de MEDIASET por los anunciantes y facilitadas a esta Dirección de Investigación en el marco del requerimiento de información del 12 de julio de 2012. En las mismas se observa que la cuota mínima de inversión en el total de canales de MEDIASET es un parámetro de negociación vital, que formaba y en algunos casos sigue formando, parte formal de las propuestas enviadas a los anunciantes desde diciembre de 2010.

(83) A continuación se exponen varios ejemplos de propuestas comerciales de MEDIASET a los anunciantes, así como ejemplos del proceso de negociación subyacente, de las que se deducen pruebas fehacientes de la vinculación por MEDIASET de los canales Telecinco y Cuatro a determinados anunciantes.

(84) Las propuestas comerciales para febrero 2011 de MEDIASET a [CONFIDENCIAL] (folio CONF.) fueron:

i. Primera propuesta comercial

1. Si se adquieren ambos módulos Publiespaña con una cuota total del [40-50%] de GRP's adultos en MEDIASET ("SHARE PUBLIESPAÑA Adultos [40-50%] GRPS TTV⁶"): [CONFIDENCIAL]€⁷ adultos por el módulo Publiespaña Telecinco [(30-40%)] y [CONFIDENCIAL] € individuos por el módulo Publiespaña Cuatro [(0-10%⁸)].
2. Si se adquieren ambos módulos monocadena Telecinco y Cuatro con una cuota total del [40-50%] de GRP's adultos en MEDIASET: [CONFIDENCIAL]€ adultos por el módulo Publiespaña Telecinco [(40-50%)] y [CONFIDENCIAL]€ individuos por el módulo Publiespaña Cuatro [(0-10%⁹)].

ii. Segunda propuesta comercial:

1. Si se adquieren ambos módulos con una cuota total del [40-50%] de GRP's adultos en MEDIASET: [CONFIDENCIAL] € adultos por el módulo

⁵ Hasta abril de 2011, en el caso de [CONF.] y [CONF], hasta la fecha de respuesta al requerimiento en el caso de [CONF.], desde febrero 2012 en el caso de [CONF.] .

⁶ TTV: total televisiones, que incluye televisión en abierto, de pago, nacional, autonómicas y locales.

⁷ Los precios para los módulos Publiespaña se refieren a precios medios (distintos canales y franjas horarias) según un índice elaborado por la propia MEDIASET.

⁸ La cuota total solicitada del [40-50%] hace referencia al target adulto. Sin embargo, el módulo Publiespaña Cuatro se comercializa para el target individuos por lo que la cuota sería del [10-20%] para individuos que equivale al [0-10%] de adultos.

⁹ La cuota total solicitada del [40-50%] hace referencia al target adulto. Sin embargo, el módulo Publiespaña Cuatro se comercializa para el target individuos por lo que la cuota sería del [10-20%] para individuos que equivale al [0-10%] de adultos.

Publiespaña Telecinco ([40-50%]) y [CONFIDENCIAL] € individuo por el módulo Publiespaña Cuatro ([0-10%]¹⁰).

2. Si se adquiere solo uno de los módulos Publiespaña:

a. Módulo Publiespaña Telecinco: se mantiene en [CONFIDENCIAL] € adultos pero debe incrementarse la cuota al [50-60%] de los GRP's adultos.

b. Módulo Publiespaña Cuatro: [CONFIDENCIAL] € individuos si la cuota total es del [20-30%]¹¹ en GRP's adultos.

iii. Propuesta comercial definitiva aceptada para febrero 2011:

1. Si se adquieren ambos módulos Publiespaña con una cuota total del [40-50%] de GRP's adultos en MEDIASET: [CONFIDENCIAL]€ adultos por el módulo Publiespaña Telecinco ([30-40%]) y [CONFIDENCIAL]€ individuos por el módulo Publiespaña Cuatro ([10-20%] %¹²).

(85) Se observa del anterior intercambio de propuestas comerciales que MEDIASET incentiva la adquisición simultánea de los módulos Publiespaña y desincentiva la adquisición de un único módulo Publiespaña o de la adquisición conjunta de los módulos monocadena. Así, la cuota conjunta solicitada si opta por invertir únicamente en el módulo Publiespaña Telecinco es superior que si adquiere conjuntamente ambos módulos Publiespaña. Asimismo, la cuota conjunta solicitada para ambos módulos monocadena es igual de elevada que para los dos módulos Publiespaña, a pesar de que incluyen menos canales.

(86) Por otro lado, se observa como MEDIASET permite en este caso compensar cuotas entre módulos, ya que la composición del [40-50%] exigido para el total de los módulos Publiespaña pasa de una composición en la primera propuesta de [40-50%] (Telecinco) [-0 a10%] (Cuatro), a [30-40%] (Telecinco) [-10 a 20%](Cuatro) en la oferta aceptada.

(87) Por última, cabe señalar que en las propuestas a [CONFIDENCIAL] figura la siguiente cláusula "Se entenderá cumplido el acuerdo cumplidas las cuotas en cada target de negociación" (folio CONF.), lo que implica que a la hora de cumplir el acuerdo negociado se tiene en cuenta el cómputo global de ambos módulos.

(88) Hay que tener en cuenta que a partir de marzo de 2011 muchos anunciantes ya no reciben formalmente en las propuestas comerciales la cuota total a alcanzar en el grupo MEDIASET. Sin embargo, en 2012 sigue habiendo anunciantes, como se observa en el siguiente cuadro resumen de las propuestas comerciales recibidas, que incluyen un share conjunto para la familia de módulos Publiespaña.

¹⁰ La cuota total solicitada del [40-50%] hace referencia al target adulto. Sin embargo, el módulo Publiespaña Cuatro se comercializa para el target individuos por lo que la cuota sería del [10-20%] para individuos que equivale al [0-10%] de adultos.

¹¹ La cuota total solicitada del [20-30%] hace referencia al target adulto. Sin embargo, el módulo Publiespaña Cuatro se comercializa para el target individuos por lo que la cuota sería del [30-40%] para individuos, que equivale al 23% de adultos.

¹² La cuota total solicitada del [10-20%] hace referencia al target adulto. Sin embargo, el módulo Publiespaña Cuatro se comercializa para el target individuos por lo que la cuota sería del [20-30%] para individuos que equivale al [10-20%] de adultos.

CUOTA MÍNIMA DE INVERSIÓN EN GRP'S NEGOCIADA POR LOS ANUNCIANTES CON MEDIASET

EMPRESA	ene-11 (10-31)	feb-11	mar-11	abr-11	may-11	jun-11	jul-11	ago-11	sep-11	oct-11	nov-11	dic-11	ene-12	feb-12	mar-12	abr-12	may-12	jun-12
CONFIDENCIAL																		
Fuente: Respuestas de los anunciantes al requerimiento de la DI del 12 de julio de 2012																		
	propuestas comerciales sin cuota formal conjunta para canales de PUBLIESPAÑA																	
	propuestas comerciales con cuota mínima exigida para el conjunto de canales de PUBLIESPAÑA																	
	no se invirtió ese mes en MEDIASET																	
ND	oferta comercial no disponible																	

(89) A continuación se desarrollan dos procesos de negociación entre MEDIASET y [CONFIDENCIAL] para el mes de marzo 2011 y mayo 2012. En los mismos se observa por parte de MEDIASET una modificación significativa en la manera de presentar formalmente las propuestas comerciales. Así, si en marzo de 2011 las propuestas incluían una cuota total a alcanzar para el grupo, al igual que se ha visto en el caso anterior de [CONFIDENCIAL] en febrero de 2011, a partir de ese mes las propuestas comerciales de MEDIASET a [CONFIDENCIAL] se realizan especificando una cuota de GRP's para cada módulo, sin que aparezca formalmente en las mismas una cuota conjunta para MEDIASET.

(90) Sin perjuicio de lo anterior, tal y como se verá a continuación, en el proceso de negociación entre MEDIASET y [CONFIDENCIAL] sigue presente de manera implícita un incentivo por parte de MEDIASET a la adquisición conjunta de ambos módulos y una cuota global a cumplir. De hecho, en la respuesta al requerimiento, el propio anunciante señaló que actualmente el principal condicionante en las negociaciones sigue siendo la cuota global de inversión, siendo posible compensar GRP's entre módulos con el objetivo de alcanzar la cuota negociada (folios [CONF. y ss.]).

(91) Las propuestas comerciales para marzo 2011 de MEDIASET a [CONFIDENCIAL] fueron (folio CONF. y ss.):

i. Propuesta comercial (16 febrero 2011):

1. Si se adquiere únicamente el módulo Publiespaña Telecinco: [CONFIDENCIAL]€¹³ amas de casa para una cuota total de [40-50%] de GRP's amas de casa.
2. Si se adquieren ambos módulos con una cuota total del [40-50%] de GRP's amas de casa en MEDIASET: [CONFIDENCIAL]€ amas de casa por el módulo Publiespaña Telecinco ([40-50%]) y [CONFIDENCIAL]€ amas de casa por el módulo Publiespaña Cuatro ([0-10%]).

ii. Propuesta comercial (23 de febrero 2011):

¹³ Los precios para los módulos Publiespaña se refieren al precio medio para el GRP en prime time.

1. Si se adquieren ambos módulos con una cuota total del 50% de GRP's amas de casa en MEDIASET: [CONFIDENCIAL]€ amas de casa por el módulo Publiespaña Telecinco ([40-50%]) y [CONFIDENCIAL]€ amas de casa por el módulo Publiespaña Cuatro ([0-10%]).

iii. Propuesta comercial (28 febrero 2011):

1. Si se adquiere únicamente el módulo Publiespaña Telecinco: [CONFIDENCIAL]€ para una cuota total de [30-40%] de GRP's amas de casa.

iv. Propuesta comercial definitiva (7 marzo 2011):

1. Si se adquieren ambos módulos con una cuota total del [40-50%] de GRP's amas de casa en MEDIASET: [CONFIDENCIAL]€ por el módulo Publiespaña Telecinco ([30-40%]) y [CONFIDENCIAL]€ por el módulo Publiespaña Cuatro ([10-20%]).

(92) Las propuestas comerciales para mayo 2012 de MEDIASET a [CONFIDENCIAL] fueron (folios [CONF. y ss.):

i. Propuesta comercial (25 abril 2012):

1. Cuota del [30-40%] amas de casa en módulo Publiespaña Telecinco: [CONFIDENCIAL]€. ¹⁴

2. Cuota del [10-20%] amas de casa en módulo Publiespaña Cuatro: [CONFIDENCIAL]€.

ii. Propuesta definitiva comercial (8 de mayo 2012):

1. Cuota del [30-40%] amas de casa en módulo Publiespaña Telecinco: [CONFIDENCIAL]€.

2. Cuota del [10-20%] amas de casa en módulo Publiespaña Cuatro: [CONFIDENCIAL]€.

(93) Se observa que en las negociaciones para el mes de marzo de 2011 el anunciante, [CONFIDENCIAL], solicita una oferta a MEDIASET para invertir únicamente en el módulo Publiespaña Telecinco. Sin embargo, el proceso de negociación le lleva a adquirir ambos módulos ya que las ofertas para la adquisición individual de dicho módulo son poco atractivas. Así, en la primera propuesta le ofrece el módulo Publiespaña Cuatro al mismo precio que el de Telecinco, para que aumente su inversión al [40-50%] de GPS en MEDIASET.

(94) En la tercera propuesta definitiva, MEDIASET le ofrece una reducción del precio del módulo Publiespaña Telecinco (de [CONFIDENCIAL]€ a [CONFIDENCIAL]€.) si en lugar de invertir un [30-40%] en el mismo invierte un [40-50%] en ambos módulos ([30-40%] y [10-20%] respectivamente).

(95) Por otra parte, en la negociación para el mes de mayo 2012 entre MEDIASET y [CONFIDENCIAL] se observa que aunque no haya cuota conjunta global especificada formalmente en la propuesta, la vinculación en las

¹⁴ Los precios para los módulos Publiespaña se refieren al precio medio para el GRP en prime time.

negociaciones se podría deducir de que la reducción en el precio de ambos módulos Publiespaña se produce con el compromiso de aumentar la cuota de inversión en uno solo de los módulos, concretamente en el de CUATRO.

(96) *Lo anterior queda patente en las siguientes cláusulas que figuran en las propias propuestas comerciales de MEDIASET a [CONFIDENCIAL]:*

- 1. Mes de abril 2011 (que incluye formalmente share conjunto para Publiespaña): El porcentaje de pesos de planificación por cadenas podrá variar en función de las necesidades de planificación, debiendo alcanzarse como mínimo el compromiso de cuota total arriba indicado con el Grupo Publiespaña”. (Folio CONF.)*
- 2. Mes de mayo 2012 (que no incluye share conjunto formal): El porcentaje de pesos de planificación en las cadenas del grupo Publiespaña podrá variar en función de las necesidades de planificación, debiendo alcanzarse como mínimo el compromiso de cuota total. (Folio 4.821)*

(97) *Varios anunciantes explican claramente como MEDIASET compensa GRP's entre canales en el marco de un único acuerdo que engloba los canales TELECINCO y CUATRO:*

- [CONFIDENCIAL]: “Se puede compensar de forma bidireccional, es decir tanto si la cadena no está cumpliendo la cuota en una cadena, puede compensar en otra, o si el anunciante no puede cumplir en un módulo, puede compensar en el otro”.(Folio 4.003)*
- [CONFIDENCIAL]: “Sí, en algunos casos donde Publiespaña tiene más saturación de ocupación en un módulo que en otro y no alcanzamos los objetivos independientes en cada módulo, Publiespaña ha dado la opción a nuestra agencia de recuperar esos grps en otro de sus módulos de manera que se logaran el total de los grps contratados” (Folio 4.020).*

(98) *Esta compensación también es patente en los procesos de negociación de MEDIASET con [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL], donde tal y como señala la propia [CONFIDENCIAL] en su escrito de respuesta, MEDIASET acepta reducir la cuota de GRP's o el precio solicitada en el módulo Publiespaña Telecinco a cambio de un incremento en la cuota o precio de Cuatro, poniendo claramente de manifiesto una vinculación por parte de MEDIASET de ambos módulos.*

(99) *Las propuestas comerciales para octubre 2011 de MEDIASET a [CONFIDENCIAL] fueron (folios CONF. y ss.)*

i. Propuesta comercial (27 septiembre 2011):

- 1. Para una cuota del [40-50%] adultos en Publiespaña: Telecinco a [CONFIDENCIAL]€¹⁵ adultos ([30-40%] share) y Cuatro a [CONFIDENCIAL]€ individuos ([10-20%] ¹⁶)*

¹⁵ Los precios para los módulos Publiespaña se refieren a precios medios (distintas franjas horarias) según un índice elaborado por la propia MEDIASET.

¹⁶ La cuota total solicitada del 48% hace referencia al target adulto. Sin embargo, el módulo Publiespaña Cuatro se comercializa para el target individuos por lo que la cuota sería del 18% para individuos que equivale al 15% de adultos.

ii. Propuesta comercial (27 septiembre 2011):

1. Para una cuota del [40-50%] adultos en Publiespaña: Telecinco a [CONFIDENCIAL]€ adultos ([30-40%] share) y Cuatro a [CONFIDENCIAL]€ individuos ([10-20%])

(100) Las propuestas comerciales para abril 2011 de MEDIASET a [CONFIDENCIAL] fueron (folio CONF.):

- i. Primera propuesta comercial: [30-40%] cuota GRP's amas de casa para Publiespaña y [10-20%] para Publiespaña Cuatro
- ii. Propuesta comercial definitiva: [30-40%] cuota GRP's amas de casa para Publiespaña Telecinco y [10-20%] para Publiespaña Cuatro.

(101) Lo mismo ocurre en el siguiente proceso de negociación de MEDIASET con [CONFIDENCIAL], donde en las negociaciones para el mes octubre 2011 se observa que en el paso de la segunda a tercera propuesta comercial MEDIASET le propone reducir el precio del módulo Publiespaña Cuatro si aumenta el share en el módulo Publiespaña Telecinco.

(102) Así, las propuestas comerciales para octubre 2011 de MEDIASET a [CONFIDENCIAL] fueron (folios CONF. y ss.):

i. Primera propuesta comercial (19 septiembre 2011):

1. Para una cuota del [30-40%] amas de casa en módulo Publiespaña Telecinco: [CONFIDENCIAL]€¹⁷ amas de casa y [CONFIDENCIAL]€ adultos
2. Para una cuota del [10-20%] amas de casa en módulo Publiespaña Cuatro: [CONFIDENCIAL]€ mujeres y [CONFIDENCIAL]€ individuos.

ii. Segunda propuesta comercial (27 septiembre 2011):

1. Para una cuota del [30-40%] amas de casa en módulo Publiespaña Telecinco: [CONFIDENCIAL]€ amas de casa y [CONFIDENCIAL]€ adultos;
2. Para una cuota del [10-20%] amas de casa en módulo Publiespaña Cuatro: [CONFIDENCIAL]€ mujeres y [CONFIDENCIAL]€ individuos.

iii. Propuesta comercial definitiva (28 septiembre 2011):

1. Para una cuota del [30-40%] amas de casa en módulo Publiespaña Telecinco: [CONFIDENCIAL]€ amas de casa y [CONFIDENCIAL]€ adultos;
2. Para una cuota del [10-20%] % amas de casa en módulo Publiespaña Cuatro: [CONFIDENCIAL]€ mujeres y [CONFIDENCIAL]€ individuos.

(103) En definitiva, de los procesos de negociación que se han puesto de manifiesto anteriormente se desprende que la cuota global de inversión en GRP's en MEDIASET, que normalmente implica la adquisición de ambos módulos Publiespaña, es el principal parámetro de negociación, ya sea porque aparezca formalmente en las propuestas comerciales o porque quede implícito en el proceso mismo de negociación, donde lo más racional y económico para el

¹⁷ Los precios para los módulos Publiespaña se refieren a precios medios (distintos canales y franjas horarias) según un índice elaborado por la propia MEDIASET.

anunciante, dadas las condiciones ofrecidas por MEDIASET, es elegir los precios asociados a la cuota conjunta. [Además de los anunciantes cuyas negociaciones se han descrito [CONFIDENCIAL], en el expediente constan las propuestas comerciales definitivas así como con las versiones preliminares para [CONFIDENCIAL] en el expediente constan únicamente las versiones definitivas de las propuestas comerciales. Por otra parte, los siguientes anunciantes no aportan propuestas comerciales, alegando que la Dirección de Investigación tiene que solicitarlas directamente a las agencias de medios, [CONFIDENCIAL]. Por su parte, [CONFIDENCIAL] no aportó las propuestas comerciales, sin dar explicaciones.]

(104) Finalmente, algunas de las propuestas comerciales enviadas por MEDIASET a los anunciantes incorporan alguna de las siguientes cláusulas de penalización en caso de que se incumpla la cuota total negociada en MEDIASET:

- 1. “En caso de no llegar al share negociado los costes se incrementarán un [0-10%] por cada punto de cuota incumplido”. ([CONFIDENCIAL])*
- 2. “En caso de no llegar al share negociado los costes se incrementarán un [0-10%]” ([CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL])*

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente.

El artículo 62.4 c) LDC dispone que constituye una infracción muy grave “Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.

La Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 autorizó la operación de concentración propuesta condicionada al cumplimiento de ciertos compromisos presentados por el notificante.

La Resolución del Consejo de la CNC de 6 de junio de 2012 en el expediente VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO declaró el incumplimiento de diversas obligaciones de provisión de información que tenían como objetivo garantizar el cumplimiento de los compromisos (i), (ii), (iii), (vi) y (xii) a los que se había subordinado la operación de concentración; declaró también el incumplimiento de los compromisos (iii), (vi) y (xii); declaró que existían indicios de incumplimiento del compromiso (ii) y por todo ello instó a la incoación del expediente sancionador cuya Propuesta de Resolución, una vez instruido, eleva ahora a este Consejo la Dirección de Investigación.

Cuando en el marco de la vigilancia de una resolución se constata por la CNC el incumplimiento o indicios de incumplimiento de la misma procede la incoación del correspondiente expediente sancionador. Así lo ha ratificado la Audiencia Nacional, en reciente sentencia de 15 de octubre de 2012, en la que desestima el recurso

interpuesto contra la resolución del Consejo de la CNC de 14 de febrero de 2011, por la que se insta a la DI a la incoación del procedimiento sancionador por el incumplimiento de los compromisos adquiridos por la parte en una resolución previa de la autoridad de competencia. En dicha sentencia diferencia la sala entre la certidumbre necesaria para que la Dirección de Investigación constate el incumplimiento de los compromisos contenidos en un acuerdo, de terminación convencional en aquella ocasión, y la certidumbre que se requiere para sancionar a la recurrente como responsable de una infracción de la LDC. La constatación de un incumplimiento de los compromisos, o de indicios de ello, no prejuzga la comisión de la infracción tipificada en el art. 62.4.c), para lo cual se abre un procedimiento con todas las garantías dirigido a establecer los hechos y si son o no constitutivos de infracción.

Es pues el objeto de la presente Resolución resolver si, analizados los hechos y teniendo en cuenta las alegaciones de MEDIASET, se ha incumplido, como propone la Dirección de Investigación, lo establecido en el compromiso (ii), y si el incumplimiento de éste compromiso y de todos los demás incumplimientos constatados en la resolución VC/230/10 de 6 de junio de 2012 constituyen una infracción de lo establecido en la RCNC C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, de 28 de octubre de 2010, conducta tipificada como muy grave en el artículo 62.4.c) de la LDC, y de la que sería responsable MEDIASET.

SEGUNDO.- Propuesta de la Dirección de Investigación

La Dirección de Investigación valora que la responsabilidad en los hechos acreditados en el presente expediente, que suponen el incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 28 de octubre de 2010, corresponde a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION. El incumplimiento afecta a diversos compromisos en cuanto a (1) la comercialización de los espacios publicitarios de los distintos canales del grupo resultante de la operación de concentración, (2) en cuanto a las restricciones contractuales en la adquisición de contenidos y (3) en cuanto a la obligación de aportar la información necesaria para verificar y garantizar el cumplimiento de los anteriores compromisos sustantivos.

Respecto a lo referente a la comercialización de la publicidad en sus canales, la Dirección de Investigación realiza un análisis de cumplimiento de compromisos basándose tanto en la vinculación formal que ha sido ofrecida a uno de los anunciantes, como en la elevada proporción de los anunciantes consultados que aportan las propuestas comerciales recibidas que acreditan la vinculación de facto, así como también en los datos de ventas simultáneas de los canales Telecinco y Cuatro que ha aportado MEDIASET. Y sobre esa base la Dirección de Investigación considera acreditado que MEDIASET habría incumplido el compromiso (ii) tanto formalmente como de facto, fundamentando que *“(192) (...) MEDIASET, en el transcurso de las negociaciones con los anunciantes, ha vinculado formalmente y de facto los módulos Publiespaña Telecinco y Publiespaña Cuatro, negociando de manera conjunta ambos módulos y ofreciendo condiciones comerciales más favorables a la contratación conjunta de ambos módulos Publiespaña frente a la adquisición individual de módulos y de los canales TELECINCO y CUATRO. (193) De esta manera, los dos principales canales de MEDIASET se han comercializado de*

forma vinculada, (...) (194) Por un lado, se ha demostrado que la práctica totalidad de anunciantes consultados recibían hasta marzo de 2011 propuestas comerciales que incorporaban formalmente un porcentaje mínimo de inversión de GRP's de las campañas de los anunciantes en el grupo MEDIASET, que incluye el módulo Publiespaña Telecinco y Publiespaña Cuatro, y que de incumplirse conllevaría un incremento proporcional en los costes negociados. (195) A partir de abril de 2011 y hasta la actualidad, se ha reducido sustancialmente el número de anunciantes que formalmente reciben propuestas comerciales con cuotas globales de inversión mínima, si bien en junio de 2012 todavía uno de los anunciantes consultados había recibido una oferta comercial con una cuota mínima de inversión por la suma de los módulos que incorporan el canal TELECINCO y CUATRO”.

Y también valora que no solo se ha acreditado la existencia formal de una cuota global a cumplir, que incorpora ambos canales Telecinco y Cuatro, sino que la misma resulta implícita en las negociaciones formales entre los anunciantes y MEDIASET, donde MEDIASET ofrece mejoras en las condiciones comerciales del módulo Publiespaña Telecinco si el anunciante aumenta su cuota de inversión en el módulo Publiespaña Cuatro y viceversa. Y añade que “En línea con lo anterior, y a raíz de las respuestas de los anunciantes al requerimiento de la Dirección de Investigación, también ha quedado acreditado que MEDIASET permite la compensación de GRP's entre módulos, en caso de que coincidan los targets de negociación, cuando el anunciante no logra alcanzar la cuota acordada en uno de los mismos que conforman la propuesta comercial acordada, lo que refuerza la vinculación tácita entre ambos módulos introducida por MEDIASET en casi todas sus relaciones comerciales con anunciantes.

El incumplimiento no alcanza solo al compromiso contenido en la Resolución, sino también “(...) (197) a lo dispuesto en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 en relación con su obligación de negociar por separado los módulos que incorporan los canales Telecinco y Cuatro, que además, tal y como corroboran la práctica totalidad de anunciantes, se negocian en una misma conversación y con el mismo interlocutor.”

Por lo que respecta a lo establecido en el Plan de Actuaciones en materia de pauta única y la contratación individualizada de canales, MEDIASET había asumido la obligación de ofrecer en cada periodo comercial la posibilidad de comprar cualquier combinación de canales que gestiona, lo que equivale a afirmar que todos los canales tienen que ofertarse de manera individualizada. Sin embargo, como señala el IPR: “(204) (...) desde agosto de 2011 MEDIASET habría introducido gradualmente el modelo de pauta única en su política comercial, y esta implementación gradual de la pauta única se habría hecho de tal forma que habría dado lugar a un incumplimiento claro de esta obligación de oferta individualizada de los canales.

La Dirección de Investigación expone que la introducción de la pauta es un hecho no solo aceptado por MEDIASET sino además confirmada por la SETSI en su informe, recibido en la CNC el 14 de marzo de 2012, sobre la vigilancia en el expediente VC/0230 (folio 3.273). MEDIASET justifica la introducción de dicho sistema en su política comercial en que es una demanda de los anunciantes porque supone una simplificación de los procesos y ahorro de costes, a la vez que se respeta al espectador, aunque ninguna prueba de ello ha aportado al expediente, cuando

además se contradice con lo puesto de manifiesto en el expediente C/0230/10 TELECINCO / CUATRO, cuando manifestaron el rechazo de la mayoría de los anunciantes al modelo de pauta única. De hecho, consta en el actual expediente, en respuesta al requerimiento de información del 12 de julio de 2012, el ejercicio realizado por UNILEVER evaluando el incremento de coste que le supone adquirir pases publicitarios en la cadena Energy, enfocada a hombres, que se comercializa en pauta única con Divinity, enfocada a mujeres, y CUATRO. Estima el sobrecoste en “312.0000€, que la compañía gasta de más por no poder hacer el mix de cadenas que nos gustaría”. (Folio 4.003)”. Aunque MEDIASET alega que existen otras alternativas para contratar publicidad separada por canales, el objetivo de un folleto de política comercial es mostrar todos los productos ofertados, por lo que si solo aparece un tipo de oferta es lógico pensar que lo que no se oferta es porque no se comercializa, y la solicitud de algo que no consta en el folleto o bien desincentiva su solicitud, o bien debilita su posición negociadora. Y añade la Dirección de Investigación en el IPR: “(217)De hecho, esto es precisamente lo que sucede con los folletos de política comercial de MEDIASET a partir del mes agosto de 2011 para el módulo NSF, en los cuales los canales que los integran dejan de ofertarse individualmente. Solamente a partir de febrero de 2012, y de manera nominal, MEDIASET introdujo la posibilidad de adquisición individual de los canales de NSF, así como de los canales del módulo Publiespaña Cuatro que desde esa fecha se vendían también en pauta única. Consecuentemente la introducción de la pauta única habría, según la DI, ha reducido todavía más el escaso peso que tenía la venta individualizada de estos canales.”

Con respecto a los datos obtenidos durante la instrucción, “(219) Así, las ventas individualizadas de los canales que se venden en pauta única a partir del segundo semestre de 2011 (Fdf, La7, Divinity, Cuatro y el nuevo canal Energy), [CONFIDENCIAL] en términos absolutos y pasan de representar el [0-10%] de las ventas de publicidad televisiva de MEDIASET en el primer semestre de 2011 a pesar el [0-10%] de las ventas en el primer semestre de 2012, a pesar de incluir un canal más en el primer semestre de 2012 (Energy).

Y en todo caso, la Dirección de Investigación considera que “se ha acreditado que MEDIASET ha introducido la pauta única en algunos de sus canales y que ha restringido significativamente la contratación individualizada de los mismos, lo que vulnera expresamente lo establecido en el Plan de Actuaciones en relación con el compromiso (ii), referido a la obligación de MEDIASET de ofrecer cualquier combinación de canales que garanticen la libertad del anunciante para distribuir su inversión como considere oportuno, e indirectamente, lo establecido en dicho compromiso (ii) respecto de la vinculación de canales.

Y concluye diciendo que “ (221) En particular, la pauta única y las limitaciones a la contratación individualizada de los canales facilitan la vinculación de facto entre los paquetes comerciales de MEDIASET, al reducir en la práctica las opciones de elección de los anunciantes, lo que dificulta la capacidad de los anunciantes para prescindir de determinados canales a la hora de contratar publicidad, por no ajustarse al perfil de audiencia deseado o por existir otras alternativas más competitivas en el mercado.

(222) Esto ha contribuido a impulsar la venta simultánea de los módulos multicanal que incluyen los canales Telecinco y Cuatro. Así, las ventas simultáneas del módulo Publiespaña Telecinco y el módulo Publiespaña Cuatro (que incluyen todos los canales gestionados por MEDIASET excepto Boing) han pasado de producirse en el [50-60%] de las ventas en valor de MEDIASET en el primer semestre de 2011 al [60-70%] en el segundo semestre de 2011 y el [70-80%] en el primer semestre de 2012.”

Todo lo anterior le lleva a concluir que: *“(223) De las prácticas de oferta de productos comerciales, negociación y contratación de publicidad televisiva de MEDIASET que se han valorado anteriormente, así como de la evolución de los datos de contratación de publicidad televisiva, se deduce que MEDIASET ha incumplido la letra del compromiso (ii) y las obligaciones contempladas en el Plan de Actuaciones en relación con este compromiso.*

(224) Adicionalmente, este conjunto de prácticas ha contribuido a vaciar de contenido dicho compromiso (ii), al haberse puesto de manifiesto que en la práctica, los anunciantes tienen muy limitada su capacidad de elección de cara a decidir qué canales de MEDIASET contratan y cuáles no, lo que incrementa su dependencia respecto a impide prevenir los efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva que buscaba evitar la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10.”

TERCERO.- Alegaciones de MEDIASET sobre indefensión

Antes de abordar la valoración sobre el posible incumplimiento del compromiso (ii) propuesto por la Dirección de Investigación, el Consejo considera que, por su posible repercusión sobre el resultado del expediente, debe analizar previamente la supuesta situación de indefensión alegada por MEDIASET.

Mediante resolución de 14 de diciembre de 2012 (Expte. R/0117/12, MEDIASET) el Consejo de la CNC resolvió el recurso administrativo interpuesto el 15 de octubre de 2012 por parte de MEDIASET, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DI de 2 de octubre de 2012, que resolvía la solicitud de levantamiento parcial de confidencialidad de determinada información que obraba precisamente en el actual expediente Sancionador SNC/024/12. Mediante la citada resolución de 14 de diciembre de 2012 se desestimó el recurso interpuesto por MEDIASET al considerar que no hubo indefensión puesto que dicha Propuesta de Resolución aún no había sido elevada al Consejo, señalando que: *“es evidente que el acto recurrido carece, per se, de potencial para ocasionarla, puesto que, como bien evidencian las constantes referencias que la recurrente hace en su escrito, ha de estarse a una actuación posterior, la imputación formulada en la Propuesta de Resolución, para que el Consejo pueda valorar la incidencia que aquélla tiene en su derecho de defensa. Y como acabamos de exponer, tal es una actuación que excede los límites revisores a que está facultado este Consejo en este momento y a través del presente cauce procedimental.”* No obstante también se señaló la posibilidad de un levantamiento posterior de confidencialidad si una vez que el mencionado expediente sancionador hubiera sido elevado, posibilitando con ello el análisis en detalle de la totalidad de la documentación que lo conforma, se *“considerase que parte de la documentación a la que no ha tenido acceso MEDIASET es necesaria para poder ejercitar con plenitud su derecho de defensa, podría levantar la confidencialidad de la misma”.*

Analizada la totalidad de la documentación que integra el expediente sancionador corresponde al Consejo evaluar la necesidad del acceso por MEDIASET a la documentación controvertida que ha servido de base a las imputaciones formuladas por la DI en su Propuesta de Resolución de cara al ejercicio de su derecho de defensa y, si acaso, la posible vulneración de dicho derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española alegada por MEDIASET por la confidencialidad declarada respecto a las respuestas de los anunciantes al Requerimiento de Información de la DI de 12 de julio de 2012.

Examinada la citada documentación pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- MEDIASET ha tenido acceso a la casi totalidad de la información relacionada con el requerimiento de información de la DI de 12 de julio de 2012 y las respuestas vertidas al mismo: conoce la identidad de los quince anunciantes que fueron consultados y el peso de cada uno de ellos en el mercado de publicidad televisiva; conoce igualmente las respuestas completas de cinco de dichos anunciantes que no han solicitado confidencialidad sobre las mismas; conoce asimismo el contenido (excepto los párrafos considerados confidenciales) de las respuestas de los otros diez anunciantes; y, finalmente, también conoce el contenido literal de las afirmaciones de los anunciantes que se han tomado en consideración y se han incluido en la propuesta de resolución presentada a este Consejo. El único dato que MEDIASET puede alegar desconocer es el autor específico de algunas de esas afirmaciones, siendo este desconocimiento parcial y limitado exclusivamente a las respuestas de diez de esos quince anunciantes, puesto que los otros cinco no solicitaron la confidencialidad de sus afirmaciones
- MEDIASET no solo conoce cuáles han sido sus relaciones comerciales con los quince anunciantes consultados durante el periodo de tiempo analizado en el requerimiento de información y, por tanto, conoce la política comercial específica que ha seguido respecto de los diez anunciantes cuyos nombres han sido declarados confidenciales en las respuestas, sino que evidentemente dispone de toda la documentación que acredita los términos exactos de dichas relaciones comerciales.
- La identidad de la totalidad de los 15 anunciantes es conocida por MEDIASET, así como las declaraciones exactas de cinco de ellos. La información que MEDIASET podría haber aportado para refutar las declaraciones de los restantes diez anunciantes cuya identidad conoce porque no se ha declarado confidencial se concreta en la documentación que corresponde a cada una de las diez relaciones comerciales que ha mantenido durante el periodo analizado. Consecuentemente la información concreta que MEDIASET tendría que haber aportado para refutar las declaraciones de diez anunciantes conocidos es perfectamente identificable y de un volumen tal que su recopilación es perfectamente viable para MEDIASET, tanto en términos de tiempo como de coste.

También debe tenerse en cuenta que MEDIASET no ha demostrado que la limitación de la información recibida le haya supuesto materialmente un menoscabo efectivo y real de su derecho de defensa. Como se ha visto, al conocer con detalle, puesto que figuraban en la propuesta de resolución, las afirmaciones de los anunciantes y las propuestas comerciales citadas, MEDIASET ha podido salvaguardar su derecho de

defensa y aportar las alegaciones que considerase oportunas y necesarias en relación con dichos elementos de prueba. Limitarse a señalar que el desconocimiento de la identidad de algunos de los anunciantes le impedía verificar la autenticidad de sus afirmaciones y, por tanto, afectaba a su derecho de defensa, no se corresponde con la realidad de los hechos reseñados ni con la práctica ejecutada por MEDIASET, que ha remitido un análisis detallado sobre este punto en las alegaciones aportadas al procedimiento.

La identidad exacta del anunciante origen de cada afirmación añadiría un plus de información adicional a la ya conocida por MEDIASET pero la ausencia de la misma no limita en absoluto el derecho de defensa de MEDIASET, ya que no constituye una información precisa para su ejercicio. Con la información recibida MEDIASET ha tenido abiertas todas sus posibilidades de defensa y ha podido alegar o presentar cualquier prueba sobre su actividad publicitaria como elemento de descargo de su responsabilidad. Entre dichas pruebas hubiera podido incluir copia documental -o descripción detallada- de las propuestas comerciales que presentó, bien directamente o a través de las agencias de medios, a los diez anunciantes cuya identidad no está aunada a las respuestas. Dicha prueba, limitada exclusivamente a diez anunciantes, hubiera permitido a MEDIASET refutar ante este Consejo que los elementos señalados por la DI en su propuesta de resolución no estaban incluidos en las propuestas comerciales remitidas a este conjunto de anunciantes y, por ende, que MEDIASET no había desarrollado una política comercial que supusiese, formalmente o de facto, la venta vinculada de los distintos paquetes comerciales de publicidad a los anunciantes, es decir, el fondo del asunto del cual MEDIASET debía defenderse.

En cuanto a la posibilidad de usar todos los medios de defensa al alcance de la actora, y en concreto en lo que se refiere a la posibilidad de completar la prueba, se ha manifestado recientemente la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de noviembre de 2012 en la que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por BP OIL ESTACIONES SAU contra la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009. En ella señala la sala que las empresas pueden presentar la documentación que está en su poder para acreditar sus afirmaciones contrapuestas a la prueba presentada por la CNC: *“Si manifiesta que los titulares de las estaciones de servicio pueden efectivamente realizar descuentos podía haber aportado tal como señala la codemandada CEES copia de esas facturas rectificativas para acreditar sus afirmaciones, lo que no ha realizado y constituye por tanto un indicio de que los distribuidores independientes no modifican el PVP fijado por la petrolera”*.

En otra sentencia de la misma fecha (5 de noviembre de 2012) sobre el mismo expediente en la que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., la Audiencia Nacional descarta la existencia de indefensión en términos plenamente aplicables al caso que se examina en el presente expediente: *“Ahora bien, la recurrente ha sido informada de las imputaciones, ha tenido acceso al expediente, las pruebas se han practicado con su concurrencia, ha tenido oportunidad de realizar alegaciones que han sido contestadas por la CNC. Ello implica que no se ha producido indefensión”*.

A la vista de lo expuesto considera este Consejo que de la declaración de determinados datos como confidenciales (a los que, en consecuencia, MEDIASET no

ha tenido acceso) no se deduce indefensión alguna sufrida por dicha empresa. Se basa esta conclusión en que (i) se trata de una confidencialidad parcial cuyo alcance se limita a la identidad concreta del anunciante en cada declaración, pero no al hecho de que dicho anunciante ha presentado documentación y declaración al expediente, (ii) esa declaración de confidencialidad no afecta al resto de la información recibida por la DI y, específicamente, a los datos precisos que fundamentan la imputación vertida; (iii) MEDIASET dispone de toda la información comercial mantenida con los diez anunciantes, cuya identidad conoce; y (iv) la información que se requeriría para refutar, en su caso, los hechos, es concreta y su volumen limitado, por lo que es perfectamente factible para MEDIASET haber aportado prueba de descargo si así lo hubiese estimado oportuno a su defensa.

Por todo ello considera el Consejo que la solución adoptada por la DI en la propuesta de resolución censurada del expediente SNC/0024/12 y que fue notificada a MEDIASET el 8 de octubre de 2012 salvaguarda perfectamente el equilibrio entre el derecho de defensa de MEDIASET y la confidencialidad solicitada por los anunciantes para sus respuestas.

CUARTO.- Alegaciones de MEDIASET sobre la declaración de infracción.

En su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución MEDIASET estructura sus alegaciones sobre cada uno de los incumplimientos individuales de cada compromiso.

Con respecto a las cuestiones relacionadas con el incumplimiento del compromiso (ii) alude a la inexistencia de vinculación entre las cadenas TELECINCO y CUATRO a la hora de comercializar sus espacios publicitarios; a la introducción de la pauta única y la contratación individual, y a la ausencia de efectos que habría aun en el caso de haber incumplimiento.

Primero, alega que no existe una relación directa y automática entre cuotas de inversión y precios, ignorando completamente la Dirección de Investigación que existe un gran número de factores que influyen en las negociaciones en el mercado publicitario televisivo, negociaciones que, como ya se expuso en el expediente de vigilancia, se llevan a cabo individualmente, con cada anunciante o agencia de medios. De tener en cuenta esos factores no podría deducirse una relación directa y automática entre cuotas de inversión y precios, como pretende que hace la Dirección de Investigación al ignorar completamente que existe un gran número de factores que afectan a toda negociación de una propuesta comercial y la determinan. MEDIASET enumera una serie de factores sobre los que solicita la confidencialidad.

El Consejo aprecia que los factores a los que MEDIASET hace referencia, y que prefiere mantener confidenciales, pueden razonablemente afectar a los resultados finales de la negociación, que generalmente se resumen en precios, cantidades y canales televisivos concretos. Pero ello no refutaría, en su caso, la existencia de correlación entre cuotas de inversión y precios. Si ambas variables no tuvieran relación alguna, no se entienden las razones de porque en la cabecera de toda oferta comercial (documentos aportados en las alegaciones por MEDIASET, folios 10937 y ss.) consta la inversión total en formato de televisión que el anunciante tiene previsto desembolsar. Y en el mismo sentido se han pronunciado los anunciantes (HA 79) que

manifiestan que mientras se cumpla la cuota global (del grupo MEDIASET) no hay problemas en el precio.

Segundo, entrando en la cuestión concreta de la vinculación, esta se habría basado en las respuestas de los anunciantes a los requerimientos de información de la DI sobre las concretas ofertas comerciales y la valoración que hacen sobre la política comercial de MEDIASET, y la información contenida en el expediente VC/230/10.

A juicio de MEDIASET, las únicas pruebas que acreditarían el supuesto incumplimiento, más allá de opiniones y valoraciones de anunciantes consultados por la DI que, según MEDIASET, no se encuentran refrendadas en prueba alguna, las constituyen seis propuestas comerciales parcialmente reproducidas en los apartados 84, 91, 92, 99, 100 y 102 de la Propuesta de Resolución. Sin embargo alega que, incluso obviando el desconocimiento fundamental de la identidad de los anunciantes que han recibido esas ofertas, el hecho de que las negociaciones con los anunciantes no siempre se realicen de forma directa, sino a través de intermediarios, le impediría hacerse responsable de las condiciones concretas finalmente ofertadas al anunciante, pues éstas son realizadas por la agencia y no directamente por Mediaset España, y por tanto pueden incorporar condiciones comerciales adicionales derivadas de la relación del anunciante con la agencia.

Por lo que consta en el expediente, incluso con los anexos aportados por MEDIASET en su escrito de alegaciones, las agencias de medios negocian con MEDIASET en nombre del cliente, y en numerosas ocasiones en las negociaciones están presentes los clientes, incluso son estos los que protagonizan la negociación con el comercial de MEDIASET. Hay por lo tanto un trato directo entre MEDIASET y los anunciantes y no puede ser acogida pues la pretensión de MEDIASET, de que serían las agencias de medios las que les comunican a los anunciantes una oferta vinculada por propia iniciativa. Sorprende esta alegación en tanto en cuanto la misma implica la negación de la responsabilidad de MEDIASET en la posible vinculación, no que dicha vinculación no sea apreciable en las ofertas que constan en el expediente. En último caso, y como ya se ha señalado previamente, MEDIASET podría haber aportado las ofertas comerciales realizadas a cada agencia de medios con destino a los anunciantes (conoce la identidad de todos los que han sido consultados por la DI) y haber refutado que las ofertas comerciales realizadas por MEDIASET discrepan de las que las Agencias de Medios les han trasladado a los clientes. No habiendo realizado MEDIASET tal cosa, esta alegación carece de fundamento.

Continúa sus alegaciones señalando que al no tener presente que en toda negociación hay otros factores igualmente determinantes en la negociación, además de las cuotas y el precio, se hace un análisis sesgado. En concreto alega que entre la primera y segunda propuestas de los apartados 84 y 91, y entre la segunda y tercera propuestas de los apartados 84 y 102, se mantiene la cuota de inversión y bajan los precios; entre la segunda propuesta y la definitiva del apartado 91, baja la cuota de inversión y bajan los precios; en otras ocasiones (entre la primera y segunda propuestas de los apartados 92 y 102), sube la cuota de inversión y bajan los precios.

El análisis que hace la Dirección de Investigación para imputar el incumplimiento del compromiso (ii) no se centra en un solo hecho absoluto, sino en un conjunto de hechos cuyo denominador común es que lo observado es compatible con una

vinculación entre los canales de TELECINCO y CUATRO a la hora de comercializar los espacios publicitarios de estas cadenas. Ciertamente facilitaría la interpretación de los hechos que las comparaciones entre ofertas, vinieran expresadas en términos de coste total de ese contrato por GPR conseguido. No obstante, a efectos del incumplimiento lo que revela el párrafo (84) del IPR es que se ofrecía la compra conjunta de los módulos de TELECINCO y CUATRO y que era, en su primera oferta, mucho más barata que comprar ambos canales de forma independiente, y que el resultado final fue de precios ligeramente inferiores a los de la primera oferta, pero a cambio de que las cuotas de TELECINCO se redujeron y se incrementaron las de Cuatro, lo que acredita que con este anunciante se vinculó TELECINCO y Cuatro en la comercialización de las cadenas. Respecto al párrafo (91) del IPR, entre la primera y la segunda oferta sube la cuota y baja los precios, y finalmente consiguen bajar los precios pero no con la misma distribución de cuota, pues la de TELECINCO se reduce y aumenta la de CUATRO. En el párrafo (92) del IPR bajan los precios pero la cuota sube. Y por último en el párrafo (102) del IPR, se bajan los precios a costa de subir cuota. No obstante todo lo anterior, los hechos relatados en este apartado lo que acreditan es que hay vinculación entre TELECINCO y CUATRO, pero además, en contra de lo pretendido por MEDIASET con su alegación, también acreditan casos en los que entre la primera oferta y la finalmente aceptada, las reducciones de precios más significativa se han producido con incrementos de cuota agregada en los párrafos (102) y (92) del IPR, o con misma cuota agregada pero reducciones en TELECINCO a costa de aumentos en CUATRO, al margen de que hubiesen podido existir además otros factores que influyeran en la misma dirección. Es decir, que no solo vinculan la gestión de las dos cadenas sino que se observa relación entre precios y distribución de cuotas entre canales.

Según MEDIASET, la evolución de las negociaciones señaladas como ejemplo en la Propuesta refleja que los precios ofrecidos por Mediaset España y recogidos en las propuestas comerciales, si no cambian de forma significativa el resto de parámetros de negociación, se reducen. En su opinión ello reflejaría el elevado poder de negociación de las agencias. De nuevo es preciso insistir en que la acreditación de los hechos llega a establecer el incumplimiento relativo a la no vinculación de las cadenas de TELECINCO y CUATRO, y no, como parece insinuar MEDIASET, establecer una correlación exacta entre cuota de inversión exigida y precio, y evidentemente a la hora de cerrar los parámetros finales de una negociación probablemente se tienen en cuenta otros factores.

Igualmente, considera MEDIASET, que el módulo monocadena y el módulo Publiespaña son productos diferentes que, por tanto, pueden soportar precios diferentes, lo cual no supone que incentive la compra simultánea de módulos Publiespaña frente a la compra simultánea de módulos monocadena.

Entiende este Consejo que entre comercializar un anuncio solo en TELECINCO y distribuir esa campaña entre la cadena de TELECINCO y las demás cadenas de menor impacto, y siempre que el tiempo de emisión sea el mismo en ambos casos, pueda resultar más caro la comercialización solo en TELECINCO, puesto que dada distinta audiencia que observaría el anuncio, el impacto sería mayor. Por el contrario, si el parámetro de negociación son GRP, el precio no tendría que variar, puesto que lo

que se fija son los impactos. Es decir, a igualdad de GRP contratados, un menor uso de la cadena TELECINCO implicará mayores tiempos en las demás cadenas.

También insiste en que al negociar targets y precios para Telecinco y Cuatro y hacerlo por los mismos interlocutores no supone incumplir el compromiso (ii), pues en el mismo no se obligaba a utilizar equipos de venta distintos, y que tampoco ha incentivado la adquisición de espacios en estos dos canales frente a la adquisición individual en uno de dichos canales (dando para ello varios ejemplos en los que se puede concluir que las condiciones comerciales para adquirir un único módulo son similares o incluso mejores que en caso de adquisición de dos módulos).

Entiende este Consejo que la vinculación acreditada por la DI no se basa en que el mismo comercial haya ofertado las dos cadenas, sino que la negociación de ambas cadenas se ha desarrollado, desde el primer momento, de manera conjunta, y que entre la primera oferta y la última se constataban trasvases de cuota de una a otra cadena, lo cual no puede sino ser interpretado como que durante la negociación comercial se han negociado conjuntamente ambas, de forma que los parámetros fijados en una de ellas depende de los que se alcancen en la otra. Esta realidad va más allá del hecho de que una misma persona sea la que realice la negociación, y de si los precios de un módulo eran más o menos ventajosos.

Finalmente señala MEDIASET que, pese a lo que se fija en las propuestas comerciales, las propuestas finales sufren modificaciones en el momento de su ejecución, donde el cliente puede rebajar la cuota pactada y MEDIASET, por razones comerciales, no suele aplicar por regla general las penalizaciones que, en algunos casos, se preveían en las negociaciones. Aun aceptando que esa circunstancia se pueda producir, no se aprecia cómo ello puede refutar la existencia de vinculación, de nuevo la vinculación se está produciendo por la forma en que se realizan las negociaciones, y el hecho de que después de la negociación surjan circunstancias que impiden el cumplimiento íntegro de lo acordado, y [CONFIDENCIAL] en el caso de que las modificaciones vayan en su perjuicio, no desacredita que las negociaciones se hayan desarrollado vinculando ambas cadenas.

En cuanto a las valoraciones y opiniones de los anunciantes también recogidas como prueba del supuesto incumplimiento por MEDIASET del compromiso (ii) en la Propuesta de Resolución, alega MEDIASET que las valoraciones efectuadas por la DI son totalmente subjetivas y que, además, no acreditan dicho incumplimiento. Al contrario, MEDIASET considera que el anunciante siempre ha tenido absoluta libertad para distribuir su cuota de inversión en uno o varios canales de MEDIASET, que éste nunca se ha visto penalizado dependiendo de la combinación de canales escogida y que las negociaciones de condiciones comerciales para cada opción de inversión, teniendo en cuenta todos los parámetros de negociación expuestos, se han realizado y se realizan de forma individualizada. Y para refrendar estas afirmaciones MEDIASET cita distintas respuestas de los anunciantes consultados, algunas en las que se refrenda de forma explícita y otras en que, si bien no son explícitos a la hora de reconocer las negociaciones separadas de canales o la ausencia total de estrategias de vinculación, tampoco afirman lo contrario.

No se pone en duda, ni por la DI ni por este Consejo, que durante las negociaciones los anunciantes tengan margen de negociación con MEDIASET con el objeto de que

los criterios y preferencias de cada uno de ellos sean tenidas en cuenta, puesto que en ningún momento se le ha atribuido a MEDIASET un poder absoluto en la comercialización de los canales de TV para la emisión de publicidad. Lo que la RCNC C/0230/10 de 28 de octubre de 2010 pretendía aceptando el compromiso de no vinculación de los canales de TELECINCO y CUATRO era contrarrestar la reducción sensible de la competencia que se produciría con la fusión y preservar la capacidad de elección de los clientes. De los hechos que constan en el expediente se concluye que ciertos clientes recibían en sus primera oferta una vinculación entre los módulos de TELECINCO y de CUATRO, y eso indudablemente condiciona la negociación, otorgándole a MEDIASET, si el anunciante no desea contratar ambos canales, una ventaja inicial, pues al ser el punto de partida una oferta conjunta, obliga al anunciante a empezar la negociación no sobre el parámetro precio y calidad, sino sobre la desvinculación, es decir, de entrada tendrá que emplear sus fuerzas y margen para una negociación más amplia que en ausencia de vinculación.

Tampoco refutan los hechos el que MEDIASET no haya aplicado la vinculación de sus canales a la totalidad del universo de anunciantes con los que opera, y hay hechos que acreditan, al menos para ciertos clientes, esa vinculación. Ciertamente los requerimientos de información se han hecho sobre un número limitado de anunciantes, ahora bien, por un lado se trata de anunciantes cuya sola identidad revela que se trata de una parte significativa de la demanda de este mercado y por otro lado ignora MEDIASET el resto de pruebas sobre la evolución de las cifras de facturación que revelan una vinculación entre esos canales de elevada intensidad, por lo que presumiblemente la vinculación se habría extendido a más clientes de los aquí consultados.

En cuanto al segundo tipo de datos que según MEDIASET han sido utilizados por la DI para realizar las afirmaciones de la Propuesta de Resolución en relación al compromiso de no vinculación de los canales Telecinco y Cuatro, son los obtenidos en el expediente de vigilancia VC/0230, en concreto los datos de ventas de distintas combinaciones de módulos de MEDIASET (párrafos 67 y siguientes) y las conclusiones de una encuesta anónima entre los miembros de la AEA (párrafo 71). En sus alegaciones MEDIASET, considera que dichos datos no prueban absolutamente nada y se ratifica en los argumentos que ya expuso en el escrito de alegaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 28 de marzo de 2012, matizando que, por un lado, el estudio de los distintos cuadros de datos de ventas de diversas combinaciones de módulos de MEDIASET, lleva a la conclusión de que no ha habido cambios significativos en la evolución de las cuotas de inversión de Telecinco y Cuatro, comparando la situación anterior y posterior a la fusión, por lo que no se estaría produciendo en la práctica la supuesta vinculación de los canales Telecinco ni los efectos que, desde un plano teórico, se hacen derivar de la misma en la Propuesta de Resolución de la DI y, por otro, que la encuesta de la AEA no sólo es anónima, lo cual reduciría las posibilidades de defensa de MEDIASET, y de dudoso contenido, sino que además ya fue valorada en su momento por el Consejo de la CNC, quien consideró que no era prueba suficiente de ningún incumplimiento.

En cuanto a lo establecido en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 respecto a la pauta única y la contratación individualizada de canales, MEDIASET alega que el planteamiento de la DI parte de conceptos erróneos. Primeramente

porque el hecho de que en el Plan de Actuaciones se estipule la obligación de ofrecer la posibilidad de comprar cualquier combinación de canales no significa que exista la obligación de que todas las ofertas y combinaciones posibles figuren en los folletos comerciales, es decir que la inclusión de determinadas formas de comercialización en el folleto comercial no excluye la existencia de formas de ventas diferentes a aquellas, como MEDIASET ha podido demostrar. Asimismo añade que, de toda la documentación recabada por la DI a lo largo del expediente de vigilancia y del expediente sancionador, la Propuesta de Resolución tan sólo recoge un único caso de un anunciante que supuestamente solicitó una determinada combinación de canales (el del párrafo 214) y se le denegó dicha posibilidad. Sin embargo MEDIASET considera que, dado que se trata de una afirmación de un anunciante de identidad confidencial, resulta imposible verificar, contrastar y, en su caso, responder a dicha afirmación. Insiste también en que la afirmación de la DI no es admisible puesto que ha quedado demostrado que hay anunciantes que compran fuera de pauta única.

Se repite MEDIASET en estas alegaciones que ya fueron contestadas por este Consejo en la resolución de 6 de junio de 2012. Como se razona en el fundamento de derecho referido al elemento objetivo del tipo infractor, distintos elementos de la política comercial de MEDIASET conducen en su conjunto a una vinculación de facto de los canales de TELECINCO y CUATRO contraria al compromiso (ii). Como se recuerda en el mismo fundamento de derecho, los compromisos tenían por objeto contrarrestar el reforzamiento del grupo resultante y permitir que los anunciantes tuviesen de facto la posibilidad real de seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante, y sin embargo, la estrategia seguida por MEDIASET a través de los distintos elementos que confirman su política comercial redundaba en una reducción de la capacidad de elección de los clientes.

En lo que respecta a los datos aportados por la encuesta de AEA y de los datos procedentes del expediente VC/0230/10, el Consejo ya concluyó que MEDIASET no había logrado desvirtuar esos indicios, y tampoco ahora, dada la iteración de sus mismas alegaciones. Esos indicios motivaron la instrucción realizada en el presente expediente, a la que se le ha añadido los testimonios directos de los clientes de MEDIASET y los documentos que acreditan la política comercial seguida por MEDIASET, al menos para esos quince clientes, tratándose además de los clientes de entre los de mayor peso en la cuenta de resultados del MEDIASET. El resultado de la instrucción realizada en este expediente no hace sino corroborar con nuevos hechos, directos, como son las declaraciones de los anunciantes y las ofertas comerciales recibidas, la existencia de una vinculación entre los canales televisivos de TELECINCO y CUATRO, sin que, como ya hemos ido argumentando a lo largo de este fundamento, las alegaciones realizadas por MEDIASET hayan podido desvirtuar la imputación realizada por la Dirección de Investigación en cuanto al incumplimiento del compromiso (ii).

En su intento de refutar los hechos MEDIASET incorpora en sus alegaciones un informe pericial de parte elaborado por consultora económica en el que se concluye que no existe evidencia de que MEDIASET haya utilizado una estrategia de precios vinculados, mostrando en concreto que los test de correlación entre los precios efectivos de Telecinco y los volúmenes de venta de Cuatro (o viceversa) no son

concluyentes y que no parece haberse producido un cambio sustancial en el nivel agregado de los precios de Telecinco y Cuatro tras la operación de concentración.

Partiendo del concepto de vincular en el ámbito de la defensa de la competencia (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, párrafo 48), en el que se incluye aquellos casos en los que si bien se pueden adquirir por separado distintos elementos de la oferta la suma de los precios de los productos por separado es superior al precio del paquete, y considerando los términos concretos en que los compromisos y el plan de actuaciones se refieren a la no vinculación, el análisis de la misma no puede ceñirse a una forma concreta de vinculación. Es obvio que condicionar los precios y cantidades de uno y otro canal durante una negociación podrían ser una forma de vinculación que el compromiso (ii) pretendía evitar, pero igual de obvio es que ésta no sería la única forma de vinculación que haría incumplir el citado compromiso. Así, establecer una cuota agregada para todo el grupo cuyo cumplimiento requiere la comercialización simultánea de TELECINCO y CUATRO no es otra cosa que vincular las dos cadenas. Vincular significa también que aquel anunciante que solo quería contratar un canal, no encuentre otra forma económicamente racional de publicitarse que contratar ambos, o que un anunciante que venía negociando separadamente la contratación en ambas cadenas, acabe aceptando unas condiciones comerciales en uno de los canales que no habría aceptado en ausencia de la concentración.

La vinculación puede por tanto adoptar formas diversas, algunas de las cuales podrían ser sometidas a un contraste mediante cierto tipo de análisis cuantitativo, aunque otras muchas no. Pero además, incluso para aquellas que son susceptibles de ser analizadas cuantitativamente, debemos tener presente que solo con un resultado positivo del test podría interpretarse que los datos evidencian la vinculación supuesta, mientras que por el contrario, un resultado negativo del test no puede ser interpretado como prueba de no vinculación. En este sentido los resultados aportados en el citado estudio económico no refutan los hechos.

Como la propia MEDIASET alega, los factores que pueden determinar la conclusión final de los términos de una negociación comercial entre un anunciante y el proveedor del espacio publicitario pueden ser numerosos, por lo que los resultados obtenidos de una regresión que no incluya en la especificación de su función todas estas otras variables no pueden ser concluyentes precisamente por una inadecuada definición de las variables a tener en cuenta en el modelo que se quiere contrastar. Y por último, ni siquiera el que los precios se hubiesen mantenido estables tras la concentración es indicio de una posible ausencia de poder de mercado, pues, como ya se argumentó en la RCNC de 6 de junio de 2012, en un contexto de crisis como el de los últimos años, y en el que la demanda de publicidad en televisión ha sufrido un retroceso, en ausencia de poder de mercado el efecto esperado no es el de mantenimiento de precios, sino el de la caída de los mismos.

Respecto al resto de compromisos incumplidos, prácticamente reiteran las alegaciones que se realizaron en el marco del expediente de vigilancia, como el que no se ha acreditado mínimamente que se incumplió la obligación de garantizar la independencia funcional o comercial de Publimedia o Publiespaña por Mediaset

España, que por otra parte fue diligente en la eliminación de duplicidades de cargos tras la desestimación de las medidas cautelares solicitadas contra el Plan de Actuaciones; que se imputa a Mediaset España determinados incumplimientos relativos al compromiso (vi) y lo dispuesto en el plan de actuaciones en relación al mismo, consistentes fundamentalmente en la omisión o envío tardía de cartas a proveedores de renuncia a derechos de opción o adquisición preferente u otorgando un derecho de reducción de contratos, y que sin embargo los retrasos se producen como consecuencia del ejercicio por parte de MEDIASET ESPAÑA de los derechos de defensa y recurso que legalmente le asisten; que en todo caso, incluso si erróneamente se considerase que hubo retrasos en los envíos, no hubo efecto alguno en el mercado; que Mediaset España presentó en plazo el listado de contratos en vigor con productoras nacionales y procedió a la renuncia a todos los derechos de opción contenidos en los contratos con aquéllas a los que debía renunciar de conformidad con el mencionado compromiso, por lo que no incumplió nada de lo dispuesto en el mismo; que Mediaset España no ha proporcionado información de forma incompleta, engañosa o fuera de plazo en relación con los compromisos (i), (ii), (iii), (vi) y (xii), tal y como se señala en la Propuesta de Resolución; y que en cualquier caso, ninguno de los supuestos retrasos o deficiencias en la entrega de información pudieron suponer un incumplimiento material de lo establecido en los compromisos.

Este Consejo ya tuvo en cuenta y contestó en su Resolución de 6 de junio de 2012 a todas estas alegaciones.

QUINTO.- Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.4 c) de la LDC.

De acuerdo con el artículo 62.4 c) LDC, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor: por un lado, debe existir una resolución, acuerdo o compromiso en materia de conductas restrictivas o de control de concentraciones de la que se deriven determinadas obligaciones para un sujeto determinado. Por otro lado, debe existir un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la decisión de que se trate.

Por lo que respecta al primero de los requisitos del elemento objetivo del tipo, la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, por la que se autorizaba la operación de concentración C/0271/10 sometida a ciertos compromisos, es evidentemente el título del que se derivan las obligaciones para MEDIASET.

La correcta valoración del segundo de los requisitos que componen el elemento objetivo de la infracción requiere situarse en el objeto que dichos compromisos debían satisfacer. El análisis realizado por la Dirección de Investigación sobre los efectos de la operación, compartido por el Consejo, partía de los problemas de competencia que se habían identificado como consecuencia de la operación y de la idoneidad de los compromisos para neutralizar o compensar dichos problemas. En ese sentido se apreciaba en la Resolución dictada que dado que la operación se caracterizaba por una multiplicidad de mercados afectados, y relacionados tanto en el plano horizontal como en el vertical, la valoración de la adecuación de los compromisos presentados por TELE CINCO el 19 de octubre de 2010, requería tener presente que los compromisos formaban un conjunto que debía ser evaluado unitariamente, teniendo en cuenta para cada compromiso individual los efectos simultáneos que puede tener

en los mercados analizados para mitigar uno o más de los potenciales riesgos para la competencia efectiva detectados. Así lo interpreta también la Audiencia nacional cuando en la sentencia de 30 de marzo de 2012, que desestima el recurso de MEDIASET contra la resolución del Consejo de la CNC que había desestima un recurso planteado por MEDIASET (folios 456 y ss.) contra el contenido del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011, dice: “1º *Los compromisos, deben interpretarse de forma conjunta, coherente y coordinada, y no de manera aislada, incongruente y descoordinada porque esto permitiría el efectivo vaciamiento de los mismos.*”(Fundamento de Derecho Sexto)

Se partía del hecho de que como consecuencia de la operación de concentración desaparecía CUATRO como oferente independiente en el mercado de la publicidad televisiva en España, mercado que ya se encontraba bastante concentrado y afectado por circunstancias recientes aunque ajenas a la operación, como la desaparición de la publicidad de TVE, la fragmentación de las audiencias y los diversos acuerdos de gestión conjunta de publicidad entre distintos operadores de televisión en abierto. Y se añadía que el riesgo de competencia que generaba la desaparición de CUATRO como oferente de publicidad no se derivaba tanto de la presión competitiva que CUATRO representaba sobre TELECINCO, sino más bien del poder de mercado que daba a TELECINCO la gestión conjunta de la publicidad de los canales de televisión de TELECINCO y CUATRO. Y ello porque una vez alcanzado un determinado nivel de audiencia televisiva, la oferta conjunta de publicidad por TELECINCO pasaría a ser una oferta indispensable para un número significativo de anunciantes en el mercado de la publicidad televisiva, sin alternativas significativas para que los anunciantes llegasen en un corto espacio de tiempo al público objetivo, en las mismas condiciones de efectividad. En ese escenario se valoraba que los compromisos ofrecidos debían conseguir que la nueva estructura de mercado no redujera la capacidad de elección de los anunciantes y les dificultara el acceso en condiciones competitivas a una oferta de espacios publicitarios televisivos variada y de calidad, como la existente en el momento de la operación, lo cual equivalía a garantizar que los clientes tuviesen de facto la posibilidad real de seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante.

Teniendo en cuenta esta premisa, este Consejo, por las razones que a continuación se expondrán, coincide con la DI en que ha quedado acreditado el incumplimiento de facto del compromiso (ii), lo que junto al incumplimiento de los compromisos (iii), (vi) y (xii) y de diversas obligaciones previstas en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2010 que tenía como objetivo garantizar el cumplimiento de los compromisos (i), (ii) (iii),(vi) ya declarado en la RCNC VC/230/10 TELECINCO/CUATRO de 6 de junio de 2012., le llevan a declarar acreditado el incumplimiento de lo dispuesto en la RCNC C/0230/10 TELECINCO/CUATRO de 28 de octubre de 2010.

Comenzando por el compromiso (ii) recordemos que éste establecía “(...) *Telecinco se compromete a no desarrollar políticas comerciales, y en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión*” y el Plan de Actuaciones “(...) *TELECINCO ofrecerá la posibilidad de comprar cualquier combinación de los canales que gestiona, teniendo el cliente absoluta libertad para distribuir su inversión como estime conveniente según sus*

necesidades de comunicación. TELECINCO garantizará en cada periodo comercial la existencia de una oferta suficiente de paquetes que aseguren de manera efectiva el cumplimiento de este objetivo. Cada paquete tendrá su 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. (Subrayado añadido).

Pues bien, los indicios a los que hacía referencia la Resolución de 6 de junio de 2012 respecto al posible incumplimiento del compromiso (ii), han resultado, tras los nuevos hechos acreditados con la instrucción realizada por la Dirección de Investigación, en un incumplimiento cierto del citado compromiso, ya que a juicio de este Consejo estos hechos revelan la vinculación de facto de los canales de Telecinco y Cuatro en la comercialización de los espacios publicitarios de ambos canales. Estos indicios eran, tal y como se resumían en la resolución de 6 de junio de 2012, que: (i) La práctica mayoría de los anunciantes adquieren publicidad simultáneamente en ambos canales en el primer semestre de 2011; (ii) Hay un cierto número de anunciantes que se venían anunciando en TELECINCO y ahora también lo hacen CUATRO. Un número significativo de nuevos anunciantes de TELECINCO se anuncian también en CUATRO; (iii) La evolución de CUATRO ha sido relativamente mejor que la de los canales de otros competidores, de forma que los anunciantes han pagado relativamente más por CUATRO. Ello a pesar de su caída de audiencia y del contexto general de caída de la demanda.; (iv) este encarecimiento relativo se constata para los targets de mayor volumen de contratación, y (v) de la información facilitada por las agencias de medios se observa que los descuentos que obtienen por compra de espacios publicitarios se han visto reducidos en la mayoría de los casos, que las condiciones para su cobro se han endurecido y que los escalados en las remuneraciones han desaparecido. Este nuevo esquema lleva también a que la única forma para un anunciante de alcanzar el nivel de GRP's fijado por MEDIASET para el cobro de las extraprimas, [CONFIDENCIAL], es adquiriendo GRP's en TELECINCO y CUATRO para alcanzar el porcentaje fijado. Y también se añadía que la supuesta estrategia de vinculación de facto de la venta de publicidad de los canales TELECINCO y CUATRO se podía ver potenciada por la introducción del modelo de pauta única, ya que la misma suponía un empaquetamiento de producto que reduce la capacidad de elección del cliente y permite a MEDIASET ejercer frente a los anunciantes un mayor poder de mercado. Con ello, además, se refuerza el efecto de las supuestas estrategias que pueda desarrollar MEDIASET para fomentar la concentración de las compras de publicidad de los canales que controla.

Ciertamente no ha habido una vinculación formal en la política comercial que MEDIASET publicita mediante sus folletos periódicos, pero del conjunto de hechos acreditados durante la instrucción del presente expediente sí cabe concluir que dicha vinculación, de facto, se ha producido. Las declaraciones de un número significativo de anunciantes con elevadas inversiones publicitarias, a los requerimientos de información practicados por la Dirección de Investigación, acreditan que al menos alguno de ellos no tuvo la libertad necesaria para distribuir su inversión como estimase oportuna (folio 4003, párrafo 214 PR), y que los paquetes comerciales no siempre fueron objeto de negociación independiente, sino que se negociaban no solo con el mismo operador comercial sino de forma conjunta durante una misma negociación

(HP 74, 75 y 76), intercambiándose cuotas entre los canales de Telecinco y Cuatro como si de vasos comunicantes se tratase. En efecto, MEDIASET enviaba al anunciante o a su agencia de medios una primera oferta comercial, según MEDIASET tras haberle sido indicado lo que el anunciante requería de forma preliminar, y a partir de ahí se sucedían ofertas en las que se iban modificando los parámetros comerciales hasta llegar a una oferta definitiva. Pues bien, la sucesión de ofertas que constan en el expediente (HP 84 a 104) permite establecer que las negociaciones de uno y otro canal se realizaban con el mismo interlocutor comercial de Publiespaña, que el punto de partida es la cuota total que cada anunciante contratará con MEDIASET, y que ésta se reparte entre todos los canales, fundamentalmente entre TELECINCO y CUATRO y que para cumplir con la cuota total, se debe, con frecuencia, y al menos para alguno de los principales clientes, adquirir cuotas en ambos canales ya que el nivel global es imposible alcanzarlo con la presencia exclusiva en uno solo de los canales principales (HP 79). Esta exigencia de una elevada cuota para el grupo MEDIASET supone que el anunciante invierta en MEDIASET una determinada parte de su presupuesto en publicidad en Televisión en ese grupo, lo cual, además de llevar al anunciante a una combinación de canales que no resulte la óptima para ellos, puede ir en detrimento de otros grupos de televisión. Todo ello claramente va en contra de lo estipulado en el Plan de Actuaciones y, a juicio de este Consejo, sería suficiente para acreditar que MEDIASET, al menos en ciertas ocasiones y con ciertos clientes (clientes con un peso importante en el mercado de la publicidad en televisión) ha vinculado de facto la explotación comercial de sus canales de TELECINCO y CUATRO.

Pero además, el resto de hechos que constan acreditados en el presente expediente no hacen sino reforzar aún más esta conclusión, ya que todos ellos no solo son compatibles con dicha vinculación, sino que contribuían a la consecución de la misma. Así, los ingresos derivados de la venta de canales conjuntamente frente a la venta de canales individuales (HP 54) aumentaron tras la operación de un [70-80%] a un [80-90%] comparando los primeros trimestres de 2011 y 2012. En agosto de 2011 deja de existir la posibilidad formal de adquirir de forma individual los canales de Factoría de Ficción, La Siete y Divinity. (HP 51 y 52) tras iniciarse la denominada pauta única para ellos, contribuyendo a un clima general de vinculación de canales que contribuye a una cultura de vinculación en estos mercados, facilitando un cambio de hábitos hacia esta nueva forma de explotación conjunta de medios de publicidad en manos de uno de los operadores más relevantes del mercado como consecuencia de la operación. Las ventas monocadena de estos canales se redujeron [CONFIDENCIAL] entre 2011 y 2012 (HP 54), y los ingresos derivados de la venta de solo Telecinco y solo Cuatro supusieron solo el [0-10%] y el [0-10%] respectivamente de los ingresos totales por venta de espacios publicitarios de MEDIASET (HP 69). Los ingresos por la comercialización individual de Telecinco se redujeron [CONFIDENCIAL] entre el primer semestre de 2011 y el de 2012 (HP 53). Estos hechos corroboran en su conjunto la existencia de una vinculación material de los canales principales Telecinco y Cuatro. Las alegaciones de MEDIASET contenidas y contestadas en el previo fundamento de derecho, no han refutado, a juicio de este Consejo, estas conclusiones.

Y con respecto al resto de compromisos que la Resolución de 6 de junio de 2012 declaró incumplidos, instando a la incoación del procedimiento sancionador con el objeto de poder instruir lo necesario para valorar adecuadamente no solo el posible incumplimiento del compromiso (ii) que los indicios existentes presumían, sino como determinar también la responsabilidad de MEDIASET en el eventual incumplimiento de la RCNC de 28 de octubre de 2010 debe recordarse que dicha resolución de 6 de junio de 2011 declaró los incumplimientos después de valorar y dar contestación a las alegaciones presentadas por MEDIASET.

Por lo que al incumpliendo del compromiso (iii) se refiere, el Consejo concluyó que no era necesario, como MEDIASET pretendía, evidenciar un incumplimiento material de la separación funcional entre PUBLIESPAÑA y PUBLIMEDIA como resultado de la presencia de las mismas personas en los órganos de administración de ambas, sencillamente porque el compromiso no lo requería, y que lo que disponía era que se evitase la presencia simultánea con el fin de minimizar el riesgo de que esa falta de independencia o actuación coordinada pudiera darse.

En cuanto al incumplimiento de los compromisos (vi) y (xii), los hechos acreditaban que (i) la lista de contratos afectados no había sido elaborada en plazo, (ii) no se había cumplido en tiempo el obligado envío de las correspondientes comunicaciones informando claramente a los proveedores de contenidos de a) la renuncia unilateral e incondicionada a los derechos de adquisición preferente por parte de MEDIASET y b) del otorgamiento en favor de tales proveedores del derecho a reducir la duración de los contratos vigentes y en qué términos cabía ejercer tal derecho, sin que el contenido, genérico y especulativo, de las cartas de abril, pudiera interpretarse como cumplimiento del compromiso como MEDIASET pretendía. Esas acreditaciones no fueron refutadas por las alegaciones presentadas entonces, ni tampoco pueden serlo las presentadas ahora. Primero porque el Consejo ya declaró su incumplimiento en la Resolución de 6 de junio de 2012, por lo que las actuales alegaciones deberían haber sido valoradas, en todo caso, en sede de un recurso ante la Audiencia Nacional que al menos a este Consejo no le consta que se haya presentado. Y segundo porque tampoco ahora se refutan. Alegan ahora, sin prueba alguna, que en todo caso su incumplimiento no habría tenido efectos en el mercado. El Consejo observa que, en todo caso, esa pretendida falta de efectos no refuta el hecho objetivo de que no cumplieron los términos establecidos en el compromisos, ya que no solo no elaboraron a tiempo el listado de los contratos afectados por la condición, sino que el mismo tampoco fue un listado exhaustivo de la totalidad de dichos contratos. Tampoco la carta que se aporta ahora, firmada en agosto de 2012 por uno de los proveedores, en favor de que la firma en abril de 2011 de un contrato con MEDIASET no fue por aplicación de derecho de preferencia alguno, puede refutar los hechos descritos que objetivamente acreditan el incumplimiento.

De igual forma cabe pronunciarse sobre el ya declarado incumplimiento de las diversas obligaciones de provisión de información que tenían como objetivo garantizar el cumplimiento de los compromisos (i), (ii), (iii), (vi) y (xii), puesto que las alegaciones presentadas entonces en el marco del expediente VC/0230/10, reiteradas en el macro de este expediente, no refutaron los hechos acreditados sobre los reiterados incumplimientos y retrasos de aportar la información a la Dirección de Investigación a

la que se habían obligado en los compromisos o a la que venían obligados por el Plan de Actuaciones.

Pues bien, acreditado el incumplimiento de la parte más significativa del conjunto de compromisos a cuyo respeto se supeditó la autorización de la operación de concentración por la que MEDIASET adquiriría el control exclusivo de CUATRO, este Consejo considera que dichos incumplimientos deben ser valorados como una conducta infractora única y continuada cuya consecuencia no es otra que el incumplimiento de lo establecido en la Resolución CNC del 28 de octubre de 2010, infracción muy grave según la LDC. Como se establecía de forma clara en la Resolución, todos los compromisos definidos de forma individual no eran sino instrumentos al servicio de un único propósito, impedir que el significativo incremento del poder negociador de MEDIASET en el mercado de la comercialización de espacios publicitarios en televisión, que obtenía como consecuencia de la concentración, redujese las posibilidades de elección que hasta ese momento existían en dicho mercado para la demanda del mismo.

SEXTO.-Sobre el carácter doloso o negligente de la conducta ilícita enjuiciada.

En cuanto a la culpabilidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo sancionador. En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (STC 246/1991, de 19 de diciembre; SSTS de 26 de marzo de 1986 y de 22 de noviembre de 2004, entre otras).

De esta forma, tal como explicita el artículo 130 LRJ-PAC, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia.

El 28 de abril de 2010 fue notificada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por parte de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (TELECINCO), la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELECINCO del control exclusivo de SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (CUATRO), mediante la compraventa del 100% de su capital social, notificación que dio lugar al expediente C/0230/10 TELECINCO / CUATRO. El 19 de octubre de 2010, TELECINCO presentó los compromisos cuyo incumplimiento es objeto de valoración en este expediente. Con posterioridad la entidad TELECINCO ha cambiado su denominación a la actual MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. Por tanto la responsabilidad de los incumplimientos que resulten acreditados no cabe sino atribuírsela a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

Considerando todos los hechos que concurren en este caso, en el anterior fundamento de derecho se ha acreditado que la conducta desarrollada por MEDIASET tras obtener la autorización condicionada de la CNC para integrar en sus activos los adquiridos a CUATRO, constituye una infracción única y continuada de la Resolución que regulaba las condiciones de dicha autorización.

Y a juicio de este Consejo, resulta especialmente relevante a la hora de apreciar el carácter doloso de la conducta, tener en cuenta también los antecedentes de hecho

de esta resolución, en los que se resumen las actuaciones llevadas a cabo por MEDIASET desde el momento inmediatamente posterior a la obtención de la autorización condicionada, que revelan que más allá del legítimo derecho a la defensa de sus intereses, su estrategia de incumplimientos y de uso de la figura del recurso contra acuerdos de la Dirección de Investigación, y de la Resoluciones del Consejo, ha podido conducir presumiblemente a la ineficacia, si quiera parcial, de los compromisos establecidos en su día, especialmente si se tiene en cuenta que el plazo establecido para la vigencia de dichos compromisos era de tres años y han transcurrido a fecha actual algo más de dos años, sin que además conste acreditado que la conducta infractora de incumplimiento de los compromisos haya cesado. Todo ello habría supuesto de facto un vaciado de los compromisos adquiridos en perjuicio del interés público al que el diseño de los mismos pretendía proteger.

Por otro lado, en la incumplida resolución se establecía: en su primer resuelve, que se autorizaba la operación condicionada al cumplimiento de los compromisos; en el segundo que disponía de un mes de plazo para presentar el plan de actuaciones, cuyo incumplimiento por cierto le hizo merecedora de una resolución sancionadora de la CNC ratificada por la Audiencia Nacional, con imposición de una sanción de 3.6 millones de euros; en el cuarto resuelve se le intimaba a que cumpliera lo establecido en ella; y se le había recordado previamente en el fundamento de derecho sexto que el incumplimiento de lo previsto en la presente Resolución por parte del grupo TELECINCO se consideraría infracción muy grave, pudiendo en su caso conllevar las sanciones previstas en la Ley 15/2007. Teniendo en cuenta todos estos elementos, el relato de los hechos y la fundamentación de la conducta infractora, no cabe sino apreciar el carácter doloso de la conducta.

En consecuencia, al no haber duda de que el carácter doloso de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, se cumpliría entonces el último de los requisitos necesarios para apreciar la infracción y declarar responsable de ella a MEDIASET.

A efecto de computar el periodo de incumplimiento objeto de esta resolución, debe entenderse que el sujeto titular de la autorización condicionada viene obligado al cumplimiento de los compromisos que la condicionan desde el momento en el que la Resolución es ejecutiva, momento desde el cual las partes pueden ejecutar la operación de concentración y la misma puede provocar los efectos que los compromisos pretenden contrarrestar,. Ahora bien, en el caso que nos ocupa se trata de un conjunto amplio de compromisos, siendo los términos de la instrumentación de alguno de ellos concretados posteriormente en el Plan de Actuaciones. Por este motivo, y a efectos de estimar la duración de la infracción, el Consejo entiende que debe fijarse el momento del incumplimiento desde el día siguiente al que la Dirección de Investigación de la CNC acordó dicho Plan de Actuaciones, el 23 de febrero de 2011, momento desde el cual debe iniciarse el cómputo de los tres años inicialmente previstos como periodo de vigencia de los compromisos.

Y con respecto a esta última cuestión, la vigencia de los compromisos, el Consejo debe recordar que en los mismos se incluía una cláusula final en virtud de la cual *“la Comisión Nacional de la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique*

el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de dos años". Dado que los mercados en los que opera MEDIASET actualmente han sufrido efectivamente cambios estructurales relevantes, la Comisión Nacional de la Competencia deberá valorar antes de la finalización de los tres años, en aras a la defensa del interés público que dicha institución tiene encomendada, si las circunstancias concretas en se momento aconsejan la revisión y/o modificación de los compromisos inicialmente aceptados.

Por último, constatado el incumplimiento de los compromisos, y en consecuencia el efecto de vaciamiento de los mismos, el interés público por el que vela la CNC está siendo seriamente dañado, por lo que la Dirección de Investigación, en el marco del expediente de vigilancia que sigue abierto, deberá valorar si resulta procedente proponerle a este Consejo, como regula el artículo 41.2 LDC, la imposición de multas coercitivas, la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, o en su caso, la desconcentración.

SEPTIMO.- Sobre el importe de la sanción.

Resulta acreditado que TELECINCO ha incumplido lo establecido en una resolución dictada por el Consejo de la CNC, de lo que resulta la existencia de una infracción muy grave a la LDC tipificada en su artículo 62.4. c). Consecuentemente el Consejo de la CNC puede imponer sobre la base del artículo 63.1 de la citada ley una multa de hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Según la información aportada por MEDIASET al requerimiento de información del 3 de enero de 2013, la facturación para el año 2012, inmediatamente anterior a los años de imposición de la sanción, ascendió a [CONFIDENCIAL].

A la hora de valorar los elementos de juicio para establecer una sanción proporcionada con la infracción el Consejo ha considerada los siguientes elementos.

En primer lugar el hecho por el que se sanciona en este expediente, el incumplimiento de una Resolución del Consejo de la CNC, la Resolución de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, por lo que solo por ello ese hecho es merecedor de ser calificado de muy grave.

En segundo lugar, el objeto de los compromisos incumplidos. La operación de concentración analizada en su momento suponía una reforzamiento de la posición negociadora del grupo resultante en el mercado de la comercialización de espacios publicitarios en televisión que presumía la posibilidad de imponer condiciones comerciales a los demandantes que les resultaran en una menor libertad de elección. En definitiva, se preveía un reforzamiento del poder de mercado del grupo resultante que los compromisos pretendían evitar. El incumplimiento de la Resolución supone la acreditación de haber dejado sin efecto los instrumentos diseñados para evitar el ejercicio del poder de mercado adquirido. Por lo que este incumplimiento ha tenido, sin dudas, efecto, en contra de lo alegado por MEDIASET. El efecto ha sido la ineficacia de la propia resolución, independientemente de que MEDIASET haya, con ello, ejercido o no un abuso de la posición de dominio que la operación le ha podido otorgar.

De esta falta de cumplimiento, cabe apreciar, como también se ha fundamentado anteriormente, elementos adicionales dolosos más allá del incumplimiento formal de una resolución del Consejo de la CNC, y ello en la búsqueda de obtener un poder de mercado que los compromisos pretendían contrarrestar.

En tercer lugar, el plazo de incumplimiento, a diferencia de lo ocurrido en el anterior expediente sancionador por incumplimiento de la misma resolución, no ha sido breve, sino que éste podría haber alcanzado al menos a las dos terceras partes del tiempo de vigencia de los compromisos. Una vez autorizado el Plan de Actuaciones, la aplicación del mismo es inmediata, por lo que cabe declarar que el incumplimiento del mismo se ha producido desde el 23 de febrero de 2011, momento en que la Dirección de Investigación de la CNC aprobó el Plan de Actuaciones. Cualquier otra interpretación nos podría llevar a dejar sin efecto formal la Resolución de 28 de octubre de 2010, agravando aún más la ineficacia material de la misma que la conducta de MEDIASET ha generado hasta el momento.

En cuarto lugar, la naturaleza de los concretos compromisos incumplidos, que hacen referencia fundamentalmente a la comercialización de espacios publicitarios, a la adquisición de contenidos y a la producción propia nacional de contenidos. Por ello, se considera adecuado tomar como base para el cálculo de la infracción el mercado potencialmente más directamente afectado por el incumplimiento de la infracción, como es el de la comercialización de espacios publicitarios en televisión. El volumen de negocios en este mercado para los años 2011 y 2012 fue respectivamente de [CONFIDENCIAL] euros, incluido el generado por MEDIASET y por sus sociedades dependientes, sin quepa descontar como alega MEDIASET el volumen de ingresos generado por la venta de espacios publicitarios por la emisión de contenidos de producción ajena, puesto que independientemente de la procedencia de la programación, el ingreso es por la venta de espacio publicitario en los canales de MEDIASET.

Siguiendo éste criterio, la base de cálculo sobre la que debe calcularse el importe de la sanción será pues la suma de estos conceptos, y el tipo sancionador que este Consejo estima proporcionado aplicar, teniendo en cuenta la duración, el carácter doloso de la infracción, el alcance del incumplimiento y su efecto sobre los mercados es del 1%. Todo ello lleva a imponer una sanción de 15.6 millones de euros.

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar acreditado el incumplimiento del Resuelve Primero de la Resolución de este Consejo C/0230/10 TELE CINCO/ CUATRO, de 28 de octubre de 2010, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

SEGUNDO.- Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. una sanción de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS MIL EUROS (15.600.000 €), de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución y prosiga la vigilancia del expediente VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

Comuníquese esta RESOLUCIÓN a la Dirección de Investigación y notifíquese a la parte, MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. haciéndole 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.