

RESOLUCIÓN
(Expte. SNC/0036/15 MEDIASET)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz
D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 17 de septiembre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha dictado esta Resolución en el expediente SNC/0036/15 MEDIASET, incoado por la Dirección de Competencia de la CNMC contra MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., por el supuesto incumplimiento del dispositivo primero, en relación con el cuarto, de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 28 de octubre de 2010, el Consejo de la CNC resolvió autorizar la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de la SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (CUATRO) por parte de TELECINCO (actualmente, MEDIASET), que había dado lugar al expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO. La autorización quedó subordinada al cumplimiento de determinados compromisos presentados el 19 de octubre de 2010 por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET). Asimismo, en la Resolución se establecía que MEDIASET debía presentar un Plan de Actuaciones para implementar los compromisos, en un plazo de un mes desde que la resolución fuese firme (folios 187 a 195).

El resuelve de la citada Resolución establece lo siguiente:

“PRIMERO.- Subordinar en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007 la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos propuestos por el notificante el 19 de octubre de 2010 que se transcriben en el Fundamento de Derecho Segundo.

SEGUNDO.- Conceder a TELECINCO el plazo de un mes desde la fecha en que la Resolución sea ejecutiva para presentar ante la CNC un plan de actuaciones para la instrumentación de los compromisos en ella contenidos.

En el plazo máximo de un mes desde su recepción, dicho plan deberá ser aprobado por la CNC, que podrá introducir en el mismo las modificaciones que considere oportunas para el adecuado cumplimiento de los compromisos adoptados en la presente Resolución.

TERCERO.- Establecer una duración inicial de los compromisos de tres años desde la aprobación del Plan de Actuaciones, prorrogable por otros dos si no se modifican sustancialmente las circunstancias de mercado que hicieron necesarios los mismos.

CUARTO.- Intimar a TELECINCO al cumplimiento de los previsto en la presente Resolución”.

2. Con fecha 11 de noviembre de 2010, la Ministra de Economía y Hacienda acordó no elevar al Consejo de Ministros la Resolución de la CNC, por lo que la misma devino firme en vía administrativa. Esta Resolución no ha sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional.
3. Con fecha 23 de febrero de 2011, la Directora de Investigación aprobó introducir determinadas modificaciones necesarias en el Plan de Actuaciones presentado por MEDIASET el 31 de enero de 2011, y acordó la aprobación del Plan de Actuaciones modificado (folios 171 a 186).

El Acuerdo de modificación fue recurrido por MEDIASET ante la Audiencia Nacional únicamente en lo que se refiere a los compromisos (iii) y (vi), que en Sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, desestimó el recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2014 (recurso de casación 2038/2012), casó parcialmente la citada Sentencia de la Audiencia Nacional y anuló el criterio de cómputo de los límites temporales de 3 y 5 años previstos para la adquisición exclusiva de contenidos de terceros en el compromiso (vi) desde la fecha de la firma de los contratos, desestimando las demás pretensiones de MEDIASET.

4. Con fecha 27 de abril de 2012, la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC un Informe Parcial de Vigilancia en el que se detallaban hechos acreditados e indicios de diversos incumplimientos por parte de MEDIASET de la Resolución citada y del Plan de Actuaciones.
5. A la vista de dicho informe parcial de vigilancia, el 6 de junio de 2012 el Consejo de la CNC resolvió, en el expediente VC/0230/10, declarar el incumplimiento por parte de MEDIASET de los compromisos (iii), (vi) y (xii), así

como la existencia de indicios de incumplimiento del compromiso (ii), instando a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador con referencia SNC/0024/12.

6. Con fecha 6 de febrero de 2013, en la Resolución del expediente SNC/0024/12, el Consejo de la CNC declaró acreditado el incumplimiento del Resuelve Primero de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, en relación con los compromisos (ii), (iii), (vi) y (xii) y las obligaciones de provisión de información establecidas en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 respecto a los compromisos (i), (ii), (iii), (vi) y (xii). Asimismo, el Consejo resolvió imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. una sanción de 15.600.000 euros.
7. Posteriormente, con fecha 29 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia notificó a MEDIASET la propuesta del Informe Parcial de Vigilancia relativo a la posible prórroga de los compromisos. Recibidas las alegaciones de MEDIASET, la Dirección de Competencia elevó dicho informe al Consejo de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) con fecha 27 de enero de 2014, proponiendo la prórroga de la vigencia de los compromisos por dos años más.
8. Con fecha 31 de enero de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de la Asociación Española de Anunciantes (AEA) (folios 244 a 364), en el que remitió una encuesta de mercado realizada entre sus asociados para conocer el grado de cumplimiento de las restricciones que se le impusieron a MEDIASET en la operación de concentración C/0230/10. La encuesta se realizó en diciembre de 2013 y en ella se planteaba a las empresas anunciantes asociadas a la AEA varias preguntas relacionadas con los procesos de negociación y compra de espacios publicitarios con MEDIASET.

La AEA aportó con fecha 25 de marzo de 2015 una nueva encuesta a sus asociados (folios 2325 a 2534).

Para determinar la veracidad de las afirmaciones contenidas en la encuesta de la AEA, con fecha 27 de febrero de 2014, la Dirección de Competencia solicitó a las principales agencias de medios en España que facilitaran un listado de sus clientes ordenados en función del volumen de inversión publicitaria televisiva gestionada en 2013.

9. Con fecha 21 de febrero de 2014, el Consejo de la CNMC asumió la propuesta de la DC, en orden a prorrogar la vigencia de los compromisos en dos años adicionales.

Adicionalmente, en el resuelve segundo de la citada Resolución, el Consejo de la CNMC resolvió instar a la Dirección de Competencia para que elevara Informe de Vigilancia correspondiente al tramo aún no informado del periodo inicial de tres años.

10. Con fechas 26 y 28 de marzo, y 9 y 12 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia requirió a un número de anunciantes aclaraciones sobre el proceso de negociación con PUBLIESPAÑA, tanto sobre cuestiones concretas observadas en las propuestas recibidas de las agencias de medios, como en términos generales sobre su relación con la filial de MEDIASET durante el periodo 2012 a 2014.
11. Mediante acuerdos de incorporación de fechas 12 y 20 de junio de 2014, la Dirección de Competencia acordó, por considerarlo relevante para el expediente de vigilancia, incorporar varios correos electrónicos que habían sido aportados por varios anunciantes, censurando los nombres y demás datos que pudieran facilitar la identificación de cada uno de esos anunciantes.

Asimismo, con fechas 12 y 23 de junio de 2014, la Dirección de Competencia acordó incorporar una serie de correos electrónicos que varios anunciantes habían aportado como anexos en sus respuestas a las solicitudes de información de fechas 26 y 28 de marzo de 2014 así como 9 y 12 de mayo de 2014, los cuales no habían sido reflejados en las versiones censuradas que fueron elaboradas por la Dirección de Competencia.
12. Con fecha 15 de julio de 2014, la Dirección de Competencia elaboró Propuesta de Informe Parcial de vigilancia en relación con el expediente VC/0230/10 TELECINCO/CUATRO, siendo notificado a MEDIASET el 16 de julio de 2014, presentando alegaciones a la misma el 11 de agosto de 2014 (folios 2543-2658).
13. Con fecha 19 de diciembre de 2014, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC el Informe Parcial de Vigilancia en el que concluyó que MEDIASET había incumplido nuevamente lo dispuesto en el compromiso (ii) de la propuesta de compromisos presentada y asumida por MEDIASET en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010.
14. A la vista de dicho informe parcial de vigilancia, el 18 de marzo de 2015 el Consejo de la CNMC resolvió en el marco del expediente VC/0230/10 lo siguiente (folios 1 a 25):

***“PRIMERO.-** Declarar que MEDIASET ha reiterado en el incumplimiento del compromiso (ii), recogido en la Resolución del Consejo de la extinta CNC de 28 de octubre de 2010 recaída en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, en los términos que se recogen en el Fundamento de Derecho Segundo, al vincular de facto la comercialización de los canales TELECINCO y CUATRO, entre otros, mediante la aplicación de una política de descuentos basada en el cumplimiento de una cuota global de inversión en el grupo de canales de MEDIASET.*

***SEGUNDO.-** Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos expresados en el Resuelve anterior”.*

15. A la vista de todo lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la LDC, se procedió con fecha 23 de marzo de 2015, mediante acuerdo del Director de Competencia, a la incoación de expediente sancionador contra MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. por incumplimiento de los dispositivos primero y cuarto de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 (folios 26 a 32). Este expediente ha quedado registrado con el número SNC/0036/15.
16. Con fecha 20 de julio de 2015, la Dirección de Competencia elaboró la Propuesta de Resolución que fue notificada a MEDIASET, a los efectos de que pudiera presentar las alegaciones que estimase conveniente.
MEDIASET presentó escrito de alegaciones, acompañada de diversos anexos (folios 248-2914), con fecha con fecha 14 de agosto de 2015.
17. Con fecha 25 de agosto de 2015, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución del procedimiento, en la que propone sancionar a MEDIASET por infracción del artículo 62.4.c) de la LDC.
18. Con fecha 9 de septiembre de 2015, MEDIASET presentó nuevo escrito de alegaciones complementarias, con datos de ventas actualizados, para completar los argumentos desarrollados en las alegaciones presentadas anteriormente.
19. De conformidad con el artículo 14.2.a) del Real Decreto 657/2013, la Sala de Supervisión Regulatoria emitió el correspondiente informe con fecha 17 de septiembre de 2015.
20. Esta resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por la Sala de Competencia del Consejo en su sesión de 17 de septiembre de 2015.
21. Es parte interesada en el procedimiento la entidad MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por esta Sala partiendo de los hechos acreditados por la Dirección de Competencia de la CNMC.

1. LAS PARTES

MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET, anteriormente Gestevisión Telecinco, S.A.) es una sociedad constituida en marzo de 1989 y domiciliada en Alcobendas (Madrid) que tiene como objeto social la explotación del servicio de Televisión Digital Terrestre (TDT) con arreglo a los términos de la licencia concedida por el Estado, encontrándose entre sus principales áreas de actividad la televisión en abierto y, por tanto, la publicidad, la explotación de

contenidos audiovisuales y, en menor medida, la producción y distribución de productos audiovisuales. MEDIASET es actualmente titular de licencias para la emisión de 6 canales de TDT de ámbito nacional en España.

MEDIASET es una empresa que cotiza en bolsa en España, 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.

La cabecera del grupo 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.

Por su parte, PUBLIESPAÑA es la empresa filial al 100% de MEDIASET concesionaria del espacio publicitario de sus seis canales en abierto: Telecinco, Cuatro, Factoría de Ficción (FDF), Boing, Divinity y Energy.

En el año 2014, PUBLIESPAÑA, ha revalidado su primera posición dentro del mercado publicitario español, alcanzando una cuota del mercado televisivo del 44,2% (datos InfoAdex).

2. HECHOS ACREDITADOS

2.1.- Consideraciones previas

Como ya se ha señalado en los antecedentes de esta Resolución, con fecha 28 de octubre de 2010, el Consejo de la extinta CNC resolvió autorizar la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de la SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (CUATRO) por parte de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (actualmente MEDIASET).

Los remedios aprobados en la operación de concentración fueron encaminados a garantizar que la nueva estructura de mercado siga permitiendo a los anunciantes acceder en condiciones competitivas a una oferta de espacios publicitarios televisivos variada y de calidad, que les permita alcanzar lo más rápido posible sus objetivos. Al respecto, lo anterior equivaldría a garantizar que los clientes tengan de facto la posibilidad real de seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante.

Por este motivo, MEDIASET propuso una serie de compromisos, que fueron aceptados por la CNC, relativos a su política de comercialización de la publicidad en los principales canales de televisión de la entidad resultante.

Dentro del conjunto de compromisos propuestos por MEDIASET, se encuentra el de 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, para así impedir que de facto se imponga la contratación conjunta de la

publicidad de todos los canales de televisión cuya publicidad gestione TELECINCO (compromiso (ii)).

En relación con este compromiso (ii), el Plan de Actuaciones presentado por MEDIASET para la instrumentación de los compromisos, establece que:

“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”.

Con el citado compromiso, la entidad quedaba obligada a no vincular la comercialización de la publicidad en sus canales de mayor audiencia (TELECINCO y CUATRO) que, en virtud del compromiso (i), no podían quedar vinculados en un mismo paquete comercial y, en virtud del compromiso (ii), no podían tampoco ser vinculados a través de la comercialización conjunta de los módulos en los que quedan integrados.

En este sentido, cabe precisar que, como veremos a continuación, los hechos sobre los que se sustenta la imputación de MEDIASET se derivan de la información facilitada por la propia MEDIASET y por los agentes presentes en el mercado de comercialización de publicidad televisiva, tanto en el marco del expediente VC/0230/10 (habiéndose incorporado al presente sancionador mediante los correspondientes acuerdos de incorporación), como en el presente expediente, que a continuación se detalla y que se refieren al periodo comprendido entre octubre de 2012 y abril de 2014.

En concreto, tanto la Dirección de Competencia como esta Sala han analizado la siguiente información relevante para esta Resolución:

- a) *Encuesta anónima facilitada por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ANUNCIANTES realizada el 30 de diciembre de 2013 a varios anunciantes asociados sobre el cumplimiento de los compromisos por parte de MEDIASET*

Con fecha 30 de enero de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de la AEA facilitando una encuesta anónima realizada el 30 de diciembre de 2013 a 100 anunciantes de la AEA, la segunda después de la realizada por esta asociación en el año anterior, en la que se consulta a los anunciantes asociados sobre el cumplimiento por parte de MEDIASET de los compromisos adquiridos en el mercado de la publicidad televisiva durante el año 2013. En concreto, la encuesta preguntaba por el proceso de negociación de la adquisición de publicidad

televisiva con MEDIASET durante el segundo semestre de 2013 y fue contestada por 39¹ anunciantes.

Un tercio de los anunciantes que respondieron manifestaron que habían recibido habitual u ocasionalmente por parte de MEDIASET propuestas en las que de facto se habrían vinculado las dos cadenas principales, destacando varios de los anunciantes entrevistados que la existencia de un único comercial que lleva ambas cadenas favorece esta práctica. Asimismo, las respuestas confirmaron que MEDIASET exigía un porcentaje mínimo sobre el total de los GRP² de la campaña como forma de vincular ambos canales.

b) Información facilitada por las principales agencias de medios de España sobre propuestas comerciales de publicidad convencional a coste GRP recibidas de PUBLIESPAÑA, S.A.

Para determinar la veracidad de las anteriores afirmaciones, con fecha 27 de febrero de 2014, la Dirección de Competencia solicitó a las principales agencias de medios en España que facilitaran un listado de sus clientes ordenados en función del volumen de inversión publicitaria televisiva gestionada en 2013. A cada una de las agencias de medios³ se solicitó que, para un número concreto de anunciantes⁴, aportaran copia de las primeras y últimas propuestas comerciales de publicidad convencional a coste GRP recibidas de PUBLIESPAÑA, S.A. (PUBLIESPAÑA, como se ha indicado anteriormente, filial al 100% de MEDIASET y responsable de la comercialización de la publicidad televisiva de los canales de televisión en abierto) para los meses de noviembre 2012, febrero 2013, junio 2013, noviembre 2013 y febrero 2014.

A partir de la información facilitada, la Dirección de Competencia realizó varios requerimientos de información, con fechas 26 y 28 de marzo⁵, y 9 y 12 de mayo

¹ De los cuales 3 declinaron responder por no haber comprado publicidad durante el periodo solicitado y 3 respuestas no serán tenidas en cuenta por haber sido redactadas por agencias de medios, sin haber sido revisadas después por parte de los anunciantes implicados.

² “**Gross Rating Point**” (GRP) es una unidad de medida utilizada en planificación publicitaria de medios y audiencia que se obtiene de multiplicar dos factores, cobertura y frecuencia. Se trata de un término bruto, expresado en porcentaje, que en publicidad televisiva mide el número de exposiciones de un anuncio por cada 100 personas de la población considerada target o público objetivo.

³ Fechas de entrada: AEGIS MEDIA IBERIA SLU (14/03/2014 y folios 598 a 770), EQU MEDIA XL (11/03/2014 y folios 520 a 597), GROUPM PUBLICIDAD WORLDWIDE, S.A. (18/03/2014 y folios 1114 a 1334), HAVAS MEDIA GROUP (21/03/2014 y folios 1718 a 1913), MAGNA GLOBAL (10/03/2014 y folios 418 a 519), OMNICO M MEDIA GROUP (14/03/2014 y folios 771 a 1113) y VIVAKI COMMUNICATIONS, S.L.U. (18/03/2014 y folios 1335 a 1717).

⁴ En función del tamaño de la agencia de medios se solicitó la información para un número determinado de anunciantes, que va desde 5 para la agencia más pequeña (EQU MEDIA) y 13 para la más grande (VIVAKI).

⁵ Fechas de entrada de las respuestas: DANONE, S.A. (16/04/2014 y folios 2214 a 2276). KELLOGG'S ESPAÑA, S.L. (14/04/2014 y folios 2095 a 2111), L'OREAL ESPAÑA, S.A. (10/04/2014 y folios 1996 a 2042), NESTLÉ ESPAÑA S.A. (03/04/2014 y folios 1914 a 1929), NUTREXPA, S.L. (11/04/2014 y folios 2044 a 2064), PROCTER AND GAMBLE ESPAÑA, S.A. (05/04/2014 y folios 2112 a 2191), AURUM PRODUCCIONES, S.A. (09/04/2014 y 11/04/2014 y folios 1981 a 1995), BDF NIVEA, S.A. (08/04/2014 y folios 1963 a 1974), CAMPOFRIO ESPAÑA, S.A. (04/04/2014 y folios 1.930 a 1.944), COLGATE PALMOLIVE ESPAÑA, S.A. (11/04/2014 y folio 2.043), GENERALI SEGUROS ESPAÑA (11/04/2014 y folios 2082 a 2094), HEINEKEN ESPAÑA, S.A. (08/04/2014 y folios 1945 a 1962), LINDT & SPRUNGLI ESPAÑA, S.A. (11/04/2014 y folios 2065 a 2081), ORANGE ESPAGNE S.A.U. (15/04/2014 y folios 2192 a 2213), GRUPO VAESA

de 2014⁶, a un número de anunciantes a los cuales se les solicitaba aclaraciones sobre el proceso de negociación con PUBLIESPAÑA, tanto sobre cuestiones concretas observadas en las propuestas recibidas de las agencias de medios, como en términos generales sobre su relación con la filial de MEDIASET durante el periodo 2012 a 2014.

Con respecto a las dos primeras solicitudes de información (de fecha 26 y 28 de marzo de 2014), en la medida en que la mayoría de anunciantes habían solicitado la confidencialidad de sus respuestas y la Dirección de Competencia consideró que las respuestas de los anunciantes sobre el proceso de negociación con el operador audiovisual podrían desvelar la estrategia del anunciante en las negociaciones y, por tanto, causarles un perjuicio, la Dirección de Competencia decidió elaborar una versión no confidencial conjunta en la que se incorporaron las respuestas de los anunciantes consultados, numerados del 1 al 16⁷ para evitar su identificación por parte de MEDIASET. De la misma manera, con respecto al segundo grupo de anunciantes a los que se envió la solicitud de información con fechas 9 y 12 de mayo, la Dirección de Competencia declaró cautelarmente la confidencialidad de todas las respuestas recibidas y elaboró una versión no confidencial con todas las respuestas de los anunciantes consultados, numerados del 17 al 24⁸, para evitar la identificación por parte de MEDIASET.

Posteriormente, mediante acuerdo de fecha 12 de junio de 2014, la Dirección de Competencia decidió levantar cautelarmente la confidencialidad de los datos aportados por el GRUPO VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A (GRUPO VAESA).

c) Incorporación al expediente de correos electrónicos aportados por los anunciantes

Mediante acuerdos de incorporación de fechas 12 y 20 de junio de 2014, la Dirección de Competencia acordó, por considerarlo relevante para el expediente de vigilancia, incorporar varios correos electrónicos que habían sido aportados por los anunciantes 3, 9 y 23, censurando los nombres y demás datos que pudieran facilitar la identificación de cada uno de esos anunciantes.

Asimismo, con fechas 12 y 23 de junio de 2014, la Dirección de Competencia acordó incorporar una serie de correos electrónicos que varios anunciantes

(08/04/2014 y folios 1975 a 1989) y LIDL SUPERMERCADOS, S.A.U. (16/04/2014 y folios 2277 a 2287). La confidencialidad de la respuesta de VAESA fue levantada mediante acuerdo de 12 de junio de 2014, en la medida que dicha información se consideraba relevante para el expediente y VAESA no había solicitado la confidencialidad de su respuesta.

⁶ Fechas de entrada de las respuestas: LACTALIS IBERIA, S.A. (19/05/2014) HENKEL IBÉRICA, S.A (21/05/2014); UNILEVER ESPAÑA, S.A. (23/05/2014); BIMBO IBERIA, S.A. (23/05/2014); FINDUS FOOD SERVICE ESPAÑA, S.L.U. (28/05/2014); VILEDIA IBÉRICA, S.A. (28/05/2014); GALLINA BLANCA, S.A. (29/05/2014) y GRUPO LECHE PASCUAL (06/06/2014). Versión no confidencial conjunta elaborada por la DC: folios 2295 a 2314.

⁷ El Anexo (confidencial) a la versión no confidencial conjunta facilita un listado de correspondencia entre número e identidad de anunciante (folio 2288).

⁸ El Anexo (confidencial) a la versión no confidencial conjunta facilita un listado de correspondencia entre número e identidad de anunciante (folio 2315).

habían aportado como anexos en sus respuestas a las solicitudes de información de fechas 26 y 28 de marzo de 2014 así como 9 y 12 de mayo de 2014, los cuales no habían sido reflejados en las versiones censuradas que fueron elaboradas por la Dirección de Competencia. Por este motivo, y por su relevancia para el expediente de vigilancia, la Dirección de Competencia elaboró e incorporó al expediente de vigilancia versiones censuradas de los correos electrónicos mencionados de los anunciantes 3, 9 y 23 (2317 a 2318, 2320 y 2676).

d) Información aportada por MEDIASET

Igualmente, la Dirección de Competencia también envió diversos requerimientos de información a MEDIASET en relación con el mercado de publicidad televisiva el 22 de marzo de 2013, cuya respuesta se recibió el 11 de abril de 2013 (folios 204 a 213), y el 15 de abril de 2013 cuya respuesta tuvo entrada el 3 de mayo de 2013 (folios 218 a 223).

Finalmente, MEDIASET realizó las siguientes aportaciones de documentación en el marco del expediente de VC/230/10 en cumplimiento de lo señalado en el Plan de Actuaciones sobre la comercialización de su publicidad televisiva: 2º semestre 2012 (folios 199 a 203), 1º semestre de 2013 (folios 224 a 243), 2º semestre de 2013 (folio 393 a 415), y 1º semestre de 2014 (folio 2655 a 2658).

A partir de toda la información citada, y en base a la instrucción realizada por la Dirección de Competencia, son hechos acreditados en el presente expediente los que exponemos a continuación⁹.

2.2. Hechos acreditados en relación con la política comercial de publicidad televisiva llevada a cabo por MEDIASET

Según se desprende de los folletos de política comercial aportados en el marco de la información exigida a MEDIASET en el Plan de Actuaciones, la oferta comercial de publicidad de MEDIASET comprendería las siguientes opciones de compra:

MÓDULOS PUBLIESPAÑA

Se trata de dos módulos multicanal que se comercializan 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 preestablecidos en cuanto a la inversión dedicada a Prime Time¹⁰ y peso dedicado

⁹ La versión completa de los hechos acreditados se encuentra en el apartado IV de la Propuesta de Resolución (folios 2733 a 2759).

¹⁰ "Prime time": horario de máxima audiencia en la televisión en abierto, normalmente de 21h a 00h.

al canal de mayor audiencia, entre los distintos canales que conforman el módulo y las distintas franjas horarias.

MEDIASET oferta dos módulos multicanal a coste GRP, el módulo Publiespaña TELECINCO y el módulo Publiespaña CUATRO, que a su vez permiten una adquisición por target de compra. Así, por ejemplo, se podría adquirir el módulo Publiespaña TELECINCO de amas de casa o el Módulo Publiespaña CUATRO de adultos.

El módulo CUATRO se emite en *simulcast*, es decir la emisión de la publicidad se produce al mismo tiempo en los canales que conforman en cada momento el módulo.

MÓDULOS A DESCUENTO

Estos módulos implican la adquisición de espacio publicitario en un momento temporal concreto y no de audiencia.

Hasta febrero de 2012, la oferta comercial de esta modalidad de venta incluía compromisos de reparto entre canales y tipo de franja horaria en la medida en que se adquirían módulos multicanal, el de TELECINCO y el de CUATRO.

A partir de febrero de 2012 desaparece la opción de adquirir módulos a descuento y la venta a descuento se plantea únicamente como opción individual de canales.

MÓDULO NSF

Módulo de venta multicanal comercializado a través de un sistema de pauta única, es decir, la emisión de la publicidad se produce al mismo tiempo en los canales de módulo (*simulcast*). Dicho módulo puede adquirirse individualmente, tanto a venta a descuento como a venta GRP, si bien lo habitual es adquirirlo conjuntamente con TELECINCO en el módulo Publiespaña TELECINCO.

El 1 de febrero de 2012 el módulo NSF pasó a estar integrado únicamente por los canales FDF y La7 (y se seguía emitiendo la publicidad en *simulcast*), ampliado para incluir el canal Nueve el 31 de diciembre de 2013. A partir del 7 de mayo de 2014 el módulo NSF pasó a estar sólo integrado por FDF (La7 y Nueve desde el 6 de mayo de 2014 ya no emiten). Desde el 1 de junio de 2014 FDF se integró en el módulo TELECINCO.

En vista de lo anterior, se observa cómo la composición de los módulos multicanal ha ido variando a lo largo del periodo analizado:

- A partir de febrero de 2012: Módulo NSF (FDF y La7); Módulo TELECINCO (Telecinco y NSF), y Módulo CUATRO (Cuatro, Divinity y Energy).
- A partir de enero de 2013: Módulo NSF (FDF, La7 y Nueve); Módulo TELECINCO (Telecinco y NSF); y Módulo CUATRO (Cuatro, Divinity y Energy).

- A partir del 1 de junio de 2014: Módulo TELECINCO (Telecinco y FDF), y Módulo CUATRO (Cuatro, Divinity y Energy).

MÓDULOS MONOCADENA

Según figura en las copias de política comercial aportadas por MEDIASET a partir del 2 de febrero de 2012, se ofrece, al menos nominalmente, la posibilidad de adquirir de manera individualizada todos los canales del grupo.

En el caso de los canales La7 (hasta su desaparición en mayo de 2014) y Energy, directamente no se especifica ni precios ni condiciones, únicamente se señala que *"Cada uno de estos eventos será anunciado de manera particular, llevándose a cabo una oferta comercial específica para el mismo"*.

En cuanto a los targets que se comercializan, se observa cómo durante el periodo 2012 a 2014 se reducen las opciones. Así, si durante el año 2012 se comercializaban tres targets en el módulo TELECINCO y cinco el módulo CUATRO (cuatro desde julio de 2013, cuando se elimina uno de los targets de amas de casa en este módulo), las opciones a partir de abril de 2014 se limitan a dos, adultos y amas de casa¹¹, en ambos módulos.

También se observa un cambio en la política de comercialización de los recargos por posiciones preferentes. En las políticas comerciales del año 2012 comienza a tener lugar un aumento gradual de estos recargos. Pero es en la política comercial para el período 1 a 31 de septiembre de 2013 cuando se produce un aumento significativo en los recargos por posiciones preferentes (aumenta la diferenciación por franja, aplicando mayores recargos por franja y por posición)¹².

Tienen lugar también cambios en los recargos por duración, lo que supone un aumento de coste para los *spots* de menor duración.

Además, otras condiciones comerciales afectadas han sido la comercialización de un coste base a partir de julio de 2013 y aplicación de recargos por cada punto de Prime Time, frente a la venta a coste por franjas (Prime Time/Day Time), volviendo a la facturación por franjas a partir de marzo de 2014, pero con un endurecimiento de las condiciones del Prime Time frente al Day Time.

A partir de febrero de 2014 se endurecen también las penalizaciones por incumplimiento de las condiciones de SOV o SOI¹³ mínimas acordadas con ciertos anunciantes. La mayor parte de los anunciantes consultados en sus respuestas a las solicitudes de información afirman que las penalizaciones por incumplimiento nunca se han ejecutado ya que estos cumplen con sus compromisos, o incluso

¹¹ Targets generales en el módulo TELECINCO y targets comerciales en el módulo CUATRO.

¹² Se puede comparar la política comercial para el período 1 a 14 de julio de 2013 y 1 a 31 de septiembre de 2013 (folios 2677 y ss.).

¹³ Condiciones referidas al porcentaje del total de su inversión en euros en el conjunto de televisiones (share of investment, SOI), y referidas al porcentaje del total de su inversión en GRP en el conjunto de televisiones (share of voice, SOV).

afirman que MEDIASET ha entendido las causas que han podido provocar ciertas desviaciones con respecto a lo acordado.

A continuación se facilita 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 2011- primer semestre 2014:

| DESGLOSE INGRESOS PUBLICIDAD TELEVISIÓN EN ABIERTO POR MÓDULOS MEDIASET (EUROS) | | | | | | | | | |
|---|---------|---------|---------|---------|----------|---------|---------------------|------------------|------------|
| MÓDULOS MONOCADENA | | | | | | | MODULOS MULTICADENA | | |
| TELECINCO | FDF | LASIETE | BOING | CUATRO | DIVINITY | ENERGY | PUBLIESP. TELECINCO | PUBLIESP. CUATRO | MÓDULO NSF |
| 1 semestre 2011 | | | | | | | | | |
| (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) |
| 2 semestre 2011 | | | | | | | | | |
| (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) |
| 1 semestre 2012 | | | | | | | | | |
| (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) |
| 2 semestre 2012 | | | | | | | | | |
| (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) |
| 1 semestre 2013 | | | | | | | | | |
| (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) |
| 2 semestre 2013 | | | | | | | | | |
| (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi)- |
| 1 semestre 2014 | | | | | | | | | |
| (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) | (confi) |

Según los anteriores datos, los ingresos provenientes de los módulos multicanal de MEDIASET aumentan del 75% al 82% entre el primer semestre de 2011 y el primer semestre de 2014 como consecuencia de la fuerte caída de ventas del módulo monocadena Telecinco a coste GRP, que pasa de **(confidencial)** millones de euros a **(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 ha pasado de un 32% del total de ventas de MEDIASET (excluido BOING) en el primer semestre de 2011 a un 16% en el primer semestre de 2014.

En el siguiente cuadro se observa la evolución de la compra por parte de los anunciantes de ambos módulos multicanal PUBLIESPAÑA de manera simultánea para el periodo primer semestre de 2011 al primer semestre de 2014.

| | COMPRA SIMULTÁNEA DE MÓDULOS MULTICANAL PUBLIESPAÑA 2011-2014 | | |
|---------------|---|-------------------------------------|-------------------------------|
| | Total inversión MEDIASET | Compra conjunta MÓDULOS PUBLIESPAÑA | % Sobre el total de inversión |
| 1 semestre 11 | (confi) | (confi) | 60% |
| 2 semestre 11 | (confi) | (confi) | 75% |
| 1 semestre 12 | (confi) | (confi) | 76% |
| 2 semestre 12 | (confi) | (confi) | 76% |
| 1 semestre 13 | (confi) | (confi) | 78% |
| 2 semestre 13 | (confi) | (confi) | 70% |
| 1 semestre 14 | (confi) | (confi) | 74% |

En relación con la compra conjunta de ambos módulos multicanal PUBLIESPAÑA, se observa cómo trimestre a trimestre va aumentando el porcentaje de ingresos invertidos en la adquisición simultánea de los mismos, hasta alcanzar el máximo del 78% del total invertido en MEDIASET en el primer semestre 2013 para caer posteriormente al mismo nivel del segundo semestre de 2011 y de todo 2012, si bien a bastante distancia (un 15% más) del nivel del primer semestre de 2011, que podría identificarse como el que caracterizaría el nivel de partida al iniciarse el proceso de fusión entre las dos cadenas.

En sus alegaciones complementarias presentadas el 9 de septiembre de 2015, MEDIASET señala que el porcentaje de compra simultánea de los módulos multicadena TELECINCO y CUATRO ha aumentado desde que se dejó de incluir la cuota global entre los parámetros de la negociación, alcanzando el 77 % en el segundo semestre de 2014 y el 83 % en el primer semestre de 2015, extrayendo determinadas conclusiones de dicha evolución que serán contestadas posteriormente.

2.3. Hechos acreditados en relación con el proceso de negociación con los anunciantes y agencias de medios de la publicidad de MEDIASET

De las propuestas comerciales facilitadas, así como de las respuestas de los anunciantes y agencias de medios a los requerimientos de fechas 27 de febrero, 26 y 28 de marzo, y 9 y 12 de mayo de 2014, se acreditan los siguientes hechos sobre el proceso de negociación de los anunciantes y agencias de medios con PUBLIESPAÑA, la filial de MEDIASET que se ocupa de la comercialización de la publicidad en televisión en abierto en España del grupo.

2.3.1. Las negociaciones del módulo Telecinco y del módulo Cuatro se realizan de manera simultánea

En primer lugar, se observa de la información aportada por las agencias de medios, que la identidad del ejecutivo de cuentas de PUBLIESPAÑA es

coincidente en la práctica totalidad de las negociaciones con cada anunciante durante el periodo analizado. Es decir, que cada anunciante parece tener asignado un ejecutivo de cuentas que es el encargado de negociar tanto el paquete comercial que incluye el canal TELECINCO como el que incluye el canal CUATRO.

En segundo lugar, se observa de la información recabada que PUBLIESPAÑA envía a la agencia de medios, o en algunos casos directamente al anunciante, las condiciones de venta de ambos módulos PUBLIESPAÑA en una misma propuesta comercial.

De lo anterior se deduce que, en la medida que las negociaciones se realizan con el mismo ejecutivo de cuentas y que las condiciones para ambos módulos PUBLIESPAÑA figuran en un mismo documento, lo natural y previsible es que la negociación de dichos módulos se lleve a cabo de manera simultánea.

Esto queda corroborado por los propios anunciantes en sus respuestas a la pregunta realizada en el requerimiento de información: “¿Ha negociado simultáneamente la contratación de ambos módulos Publiespaña a coste GRP? En caso afirmativo, indique en qué periodo y, en su caso, acredítele documentalmente”, donde la mayoría de los anunciantes ha respondido que efectivamente la negociación se realiza simultáneamente (folios 2281.1; 2295-2314).

2.3.2. El modelo de retribución condicionada favorece la vinculación de los módulos PUBLIESPAÑA

En la medida en que los anunciantes casi nunca adquieren el producto directamente de las televisiones, sino que operan a través de las agencias de medios, una vía, en este caso indirecta, a través de la cual MEDIASET habría estado induciendo a que se negocien simultáneamente ambos módulos sería mediante el modelo de retribución condicionada a las agencias de medios.

Según queda acreditado, las agencias de medios obtienen de las televisiones unos descuentos por volúmenes (rappels o extraprimas) que luego trasladan en parte al anunciante, en base a unas condiciones acordadas previamente con los anunciantes.

Los sistemas de retribución de las cadenas de televisión a las agencias de medios están basados en diversos aspectos: volumen mínimo contratado de inversión; cuota total de inversión gestionada por la agencia (SOI, *Share of Investment*); cuota de GRP (SOV, *Share of Voice*); y cuota por targets (SOV por targets). Asimismo, las anteriores condiciones pueden establecerse a través de un sistema de escalados, incrementándose la retribución en función del incremento del volumen o cuota obtenida.

En el siguiente cuadro se recoge el esquema de extraprimas aplicado por MEDIASET en el periodo 2011-2013.

| COBRO DE LAS EXTRAPRIMAS DE MEDIASET | | | | | | |
|--------------------------------------|------|----------|---------|----------|---------|----------|
| | 2011 | | 2012 | | 2013 | |
| EQU MEDIA | SOV | (confi)% | SOV | (confi)% | SOV | (confi)% |
| VIVAKI | SOV | (confi)% | SOI | (confi)% | SOI | (confi)% |
| HAVAS | ND | ND | SOI/SOV | (confi)% | SOI/SOV | (confi)% |
| GROUPM | SOV | (confi)% | SOI | (confi)% | SOI | (confi)% |
| OMNICOM | SOV | (confi)% | SOI | (confi)% | SOI | (confi)% |
| MAGNA | SOV | (confi)% | SOI | (confi)% | VMI | (confi)% |
| AEGIS | ND | ND | SOV | (confi)% | SOV | (confi)% |

En la mayoría de los casos MEDIASET ha pasado de exigir una cuota de GRP (SOV - *Share of Voice*) en 2011, en el marco o no de unos escalados, a solicitar en 2012 y 2013 una cuota o volumen mínimo de inversión (SOI - *Share of Investment* o VMI Volumen Mínimo de Inversión), que por otra parte se habría ido reduciendo.

Asimismo, de la información aportada por las agencias de medios, se observa que la cuota mínima de inversión establecida por MEDIASET, durante el periodo 2012-2013, hace referencia al conjunto de los canales gestionados por dichos operadores, es decir, que no establece condiciones diferentes para los módulos TELECINCO y CUATRO.

De lo anterior se deduce que, hasta marzo de 2014, las agencias de medios, a la hora de negociar las condiciones de comercialización de la publicidad de MEDIASET con los anunciantes, tenían en cuenta un modelo de retribución basado en unos objetivos de inversión que abarcaba el conjunto de canales de MEDIASET, con independencia del módulo donde estuvieran incluidos.

2.3.3. Establecimiento formal por parte de PUBLIESPAÑA de una cuota mínima global de GRP para el grupo de canales de MEDIASET

Se desprende de la información que obra en el expediente que para un número elevado de anunciantes, MEDIASET sigue incorporando expresamente en sus propuestas comerciales una cuota global de GRP o de inversión para todo el conjunto de canales del grupo.

De un análisis de las propuestas comerciales aportadas por las agencias de medios durante el periodo octubre 2012 a febrero 2014, se observa como MEDIASET envió propuestas comerciales que incorporaban una cuota global de

GRP en el grupo de canales de MEDIASET, al menos en 24 ocasiones, a 13 anunciantes diferentes¹⁴.

En un número adicional de propuestas comerciales, concretamente cuatro, si bien no se incluye expresamente una cuota global para el grupo, se señala expresamente que "Solo se entenderá cumplido el acuerdo si se cumplen las cuotas de negociación, en cada target"¹⁵, lo que implica que a la hora de cumplir el acuerdo negociado se tiene en cuenta el cómputo global de ambos módulos.

Finalmente, en otra ocasión, al no contar con propuestas formales, dos anunciantes han aportado en su lugar un intercambio de correos en el cual se observa cómo se ofrece o acepta formalmente una cuota de inversión en GRP para todo el grupo PUBLIESPAÑA:

ANUNCIANTE 9: Correo electrónico del representante de la agencia de medios al ejecutivo de cuentas de PUBLIESPAÑA para febrero 2013 (folio 2317 versión censurada):

"[...] La situación a día de hoy sería la siguiente (de inflación en ambos módulos). Por favor, decidnos qué solución nos dais, nosotros hemos pensado las siguientes con una cuota máxima del 50 %:

*Que nos vendáis Ad+16 en Cuatro a (**confidencial**) euros con PIB incluido*

Dejar fuera a Cuatro bajando el coste de Telecinco o si os sale mejor quedamos solo con Cuatro bajando el coste o viendo la posibilidad de la opción 1."

ANUNCIANTE 9: Correo electrónico del representante de la agencia de medios al ejecutivo de cuentas de PUBLIESPAÑA para junio 2013 (folio 2318 versión censurada):

"[...] por favor decidnos si podemos tener estos costes para un 52% de CUOTA [en el total del grupo]".

ANUNCIANTE 23: Correo electrónico del representante de la agencia de medios al anunciante para febrero de 2014 (folio 2360 versión censurada):

"A continuación te adjunto nuevos costes para [...] para un 47% de cuota [en el total del grupo]¹⁶] en febrero".

2.3.4. Negociación en base a una cuota global tácita en el grupo MEDIASET

¹⁴ MICROSOFT (folio 459), LINDT (folio 518), BIMBO (folio 786), VODAFONE (folio 796), NIVEA (folio 1725), PSA (1745), LACTALIS (folios 1359, 1360 y 1362), JAZZTEL (folio 1390), L'OREAL (folios 1425, 1438, 1442, 1450 y 1459), COLGATE (folios 1287 y 1291), ORANGE (folio 1801), GRUPO VAESA (folio 1190 y 1196), CAMPOFRIO (folio 1355).

¹⁵ Véanse, folios 1793, 1792, 1801 y 474.

¹⁶ Coincide con la suma de las cuotas asignadas a cada módulo PUBLIESPAÑA según figura en las propuestas comerciales aportadas.

Por otra parte, existen evidencias claras de que al margen de una cuota mínima global de inversión expresa en las propuestas comerciales, para la mayoría de anunciantes la misma se aplica en todo caso de facto a la hora de negociar con PUBLIESPAÑA.

a) *Los anunciantes manifiestan que la cuota global mínima de inversión en el grupo MEDIASET es un parámetro de negociación*

Consta en el expediente que un número significativo de anunciantes consultados seguían recibiendo hasta el primer trimestre de 2014 propuestas comerciales que incorporaban formalmente un porcentaje mínimo de inversión o de cuota de GRP 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.

En efecto, de los 23 anunciantes que respondieron sobre la existencia expresa o tácita de una cuota mínima global de inversión en GPR en el grupo MEDIASET en el proceso de negociación, 9 anunciantes han respondido afirmativamente¹⁷.

En cuanto a los 14 anunciantes que han respondido formalmente que MEDIASET no ha negociado en virtud de una cuota global durante el periodo 2012-2014¹⁸, en el caso de 6 anunciantes, existe evidencia directa de la existencia de una cuota global a cumplir en el grupo MEDIASET. Concretamente, propuestas comerciales con alusión a una cuota global¹⁹, intercambio de correos entre la agencia y un ejecutivo de cuentas de PUBLIESPAÑA²⁰, o como se verá en el siguiente apartado, evidencias claras de trasvase de cuotas²¹ entre ambos módulos PUBLIESPAÑA para dar cumplimiento a una cuota global tácita en el grupo MEDIASET.

Por otra parte, de los citados anunciantes que han respondido que sí se negocia en base a una cuota global mínima en MEDIASET, la mayoría²² han confirmado que no han solicitado ellos dicha cuota sino que es PUBLIESPAÑA quien les envía directamente las propuestas.

En cuanto a si las cuotas globales permiten obtener mejores condiciones comerciales, diez anunciantes destacan las posibles repercusiones de una falta de acuerdo en cuanto a un compromiso de cuota global en forma de peores

¹⁷ ANUNCIANTES 1, 2, 4, 6, 9, 13, 19, 20 y 23: el ANUNCIANTE 20 indirectamente en el marco de la pregunta 3.3.d.) y el ANUNCIANTE 9 habría respondido indirectamente que sí mediante la aportación intercambio de correos entre la agencia y el ejecutivo de PUBLIESPAÑA (ver folios 2282.1, 2295-2314 y apartado IV.2.4 de la Propuesta de Resolución).

¹⁸ ANUNCIANTES 3, 5, 7, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22 y 24. Otro anunciante, el 12, responde de manera poco clara, pero en la medida en que no se tienen evidencias directas de vinculación o trasvase se considerará que ha respondido que no (ver folios 2282.1, 2295-2314 y apartado IV.2.4 de la Propuesta de Resolución).

¹⁹ ANUNCIANTES 7, 10, 11, 16 Y 17.

²⁰ ANUNCIANTE 3.

²¹ ANUNCIANTE 3, 11, 16.

²² ANUNCIANTES 1, 2, 4, 6, 13. El ANUNCIANTE 4 ha señalado que la oferta basada en una cuota global fue solicitada por la agencia para un caso concreto, sin bien respondió que en "En líneas generales es MEDIASET quien facilita directamente la propuesta y a partir de ahí se comienza a negociar".

costes o incluso pérdida del coste histórico (anunciantes 1, 2, 3, 4, 15, 18, 19, 21, 22 y 24). Otro conjunto de anunciantes (número 1, 5, 6, 13, 23) añade que el cumplimiento de una cuota global de inversión en el grupo MEDIASET implica mejores condiciones comerciales, ya sea de manera explícita o implícita.

Por último, de la respuesta de la mayoría de los anunciantes a los requerimientos de información se desprende que es MEDIASET quien establece la cuota de inversión global en las cadenas y no al contrario.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es preciso poner de relieve en este punto, que la propia MEDIASET en sus escritos de alegaciones confirma que la cuota global mínima en el grupo de canales de MEDIASET es un parámetro de negociación.

Concretamente, según el informe económico aportado en sus alegaciones se señala que hasta abril de 2014 el criterio para la determinación del descuento aplicable para un módulo concreto era la cuota destinada al total de canales MEDIASET.

- Página 3 del informe, párrafo 2 (folio 2595): *"los resultados de la negociación del espacio publicitario en el segundo trimestre de 2013 difieren de los observados en el segundo trimestre de 2014, momento a partir del cual Publiespaña modifica su proceso de negociación de sus cadenas Cuatro y Telecinco (...). Como consecuencia de estos cambios, los descuentos ofrecidos por la inversión publicitaria en un determinado módulo o cadena son función de la cuota de inversión publicitaria que el anunciante destina a dicha cadena (o módulo) en lugar de la cuota destinada al conjunto de canales de MEDIASET".*

Página 24 del informe, párrafo 1 (folio 2616): *"A partir de abril de 2014 la cuota de inversión publicitaria en el total de los canales de MEDIASET ha dejado de ser un elemento relevante en la negociación del espacio publicitario".*

- b) Durante las negociaciones se realizan trasvases de cuotas entre ambos módulos para dar cumplimiento a un compromiso de inversión mínimo*

Otra evidencia de que MEDIASET, a través de su filial PUBLIESPAÑA, habría vinculado las condiciones del módulo TELECINCO con el módulo CUATRO a través de una cuota global implícita a invertir en el grupo, se obtiene mediante la observación de trasvases de cuotas entre ambos módulos durante las negociaciones llevadas a cabo para la adquisición de publicidad en el grupo.

Consta acreditado que durante las negociaciones entre los anunciantes y PUBLIESPAÑA se realizaron trasvases de puntos porcentuales de cuota entre los módulos PUBLIESPAÑA con el fin de acomodarse en cierta medida a lo deseado por los anunciantes durante las negociaciones, si bien situándose siempre en una situación de *second best* en la medida en que éstos no pueden elegir como punto de partida los canales, módulos y cuotas óptimas para sus intereses.

Existen evidencias suficientes de la existencia de trasvases de cuotas durante las negociaciones para al menos 9 de los 23 anunciantes consultados (lo que representa un 39,1%), que son consecuencia del hecho de que se negocie sobre unos porcentajes de cuota global de inversión para el grupo, con lo que los anunciantes negocian reduciendo cuota en un módulo y aumentando en otro para tratar de equilibrar precios con sus objetivos para sus campañas.

Así, en contestación a la pregunta de si se han realizado trasvases de cuota (durante todo o parte del periodo 2012-014) entre los módulos de cara al cumplimiento de las obligaciones de inversión mínima en el grupo MEDIASET, dos anunciantes (números 1 y 13) han respondido afirmativamente (folios 2281.1, 2295-2314).

Asimismo, en respuesta a determinadas cuestiones observadas directamente de las propuestas comerciales facilitadas por las agencias de medios, algunos anunciantes (números 2 y 16), que han respondido negativamente a la anterior pregunta sobre la existencia de trasvases durante las negociaciones, confirman, no obstante, que existe, al menos para determinados meses, trasvase de cuotas a la hora de negociar con MEDIASET (folios 2281.1, 2295-2314).

En todo caso, a pesar de que otros muchos anunciantes han negado directamente que se produzca trasvase de cuotas durante las negociaciones, lo cierto es que observando las propuestas comerciales se desprende, como se detallará a continuación, que de facto sucede en muchos casos.

Año 2012

AURUM (folios 441-442): En relación con las negociaciones para la película "Un buen partido" en noviembre de 2012: La propuesta inicialmente recibida el 21 de noviembre de 2012 contempla un coste y una cuota de GRP para cada módulo Publiespaña (20% en el módulo TELECINCO y 30% en el módulo CUATRO). Según figura en la propuesta finalmente aceptada de fecha 22 de noviembre de 2012 se observa como Publiespaña reduce el coste medio de ambos módulos a la vez que aumenta el porcentaje de GRP requerido para el módulo TELECINCO (39%) y cae el solicitado para el módulo CUATRO (17%).

NIVEA propuesta del 25 de octubre de 2012 (folios 1725-1729): "SHARE GRP'S PUBLIESPAÑA: 48% GRP'S 20s TTV TOTAL MERCADO AMAS DE CASA (29% T5 +22 32% CTR MUJERES C.)", que en la segunda propuesta de misma fecha muestra cómo se mantiene el global pero se produce un trasvase entre cuotas "SHARE GRP'S PUBLIESPAÑA: 48% GRP'S 20s TTV TOTAL MERCADO* AMAS DE CASA (30% T5 +20% CTR MUJERES C.)"

Año 2013

AURUM (folios 434-444): En relación con las negociaciones para "Un plan perfecto" en febrero de 2013: La propuesta inicialmente recibida el 31 de enero de 2013 para la campaña de febrero de 2013 incluye un coste por GRP y una cuota

de GRP para cada módulo Publiespaña (35% para módulo TELECINCO y 15% para módulo CUATRO). Según figura en la propuesta finalmente aceptada de fecha 5 de febrero de 2013 se observa cómo Publiespaña reduce la cuota exigida para el módulo TELECINCO, sin variar el coste medio ofertado, a la vez que aumenta la cuota solicitada para el módulo CUATRO, reduciéndose ligeramente su coste medio.

888 SPAIN PLC. (folios 562-568): En la primera propuesta del 28 de noviembre de 2013 se ofrece, para el módulo TELECINCO, un precio **(confidencial)** € asociado a una cuota del 15% y un precio para el módulo CUATRO de **(confidencial)** € para una cuota del 15%. En la propuesta definitiva del 30 de noviembre de 2013 se negocia una cuota del 30% para el módulo TELECINCO a un precio de **(confidencial)** € en tanto que no se invierte en CUATRO.

PROCTER AND GAMBLE (folios 1144-1155): En la propuesta inicialmente recibida por su empresa para febrero de 2013 se contempla una cuota de GRP para cada módulo Publiespaña, 16% para el módulo CUATRO y 31% al módulo TELECINCO. Posteriormente, en la propuesta comercial finalmente aceptada para febrero de 2013 aumenta la cuota del módulo TELECINCO al 32% y, aunque se reduce la cuota de GRP acordada para el módulo CUATRO al 14%, se produce una reducción del coste GRP en ambos módulos.

COLGATE (folio 1303-1305): En la propuesta comercial inicial de noviembre de 2013, de fecha 24 de octubre de 2013, se contempla una cuota de GRP para cada módulo Publiespaña (25% para el módulo TELECINCO y 25% para el módulo CUATRO). Posteriormente, en la propuesta comercial final de noviembre de 2013, de fecha 30 de octubre de 2013, aumenta la cuota del módulo TELECINCO al 35% y se reduce la cuota del módulo CUATRO al 20%, sin embargo, la reducción de precios tiene lugar en ambos módulos.

Año 2014

HEINEKEN: En la propuesta comercial inicial para febrero de 2014, de fecha 23 de enero de 2014, se contempla una cuota de GRP del 30% para cada uno de los módulos multicanal TELECINCO y CUATRO.

Posteriormente, en la propuesta comercial finalmente acordada de 2 de febrero de 2014, se observa un aumento de la cuota de GRP finalmente acordada para el módulo CUATRO (pasa del 30% al 40%) y una reducción de la cuota de GRP acordada para el módulo TELECINCO (del 30% al 15%). Sin embargo, a pesar de haber reducido a la mitad la cuota de GRP en el módulo TELECINCO se logra que el coste GRP finalmente acordado para este módulo sea inferior al inicialmente propuesto.

KELLOGS (folios 715-718): En la propuesta comercial inicial de febrero 2014, recibida el 24 de enero de 2014, se contempla una cuota de GRP para cada módulo Publiespaña (31% para el módulo TELECINCO y 18% para el módulo CUATRO). Posteriormente, en la propuesta comercial finalmente aceptada de

febrero de 2014, recibida el 27 de enero de 2014, aumenta el compromiso de cuota de GRP del módulo TELECINCO al 42% y se reduce la cuota del módulo Cuatro al 8%. Sin embargo, se produce una reducción del coste de GRP en ambos módulos.

Al respecto, se ha preguntado a los anunciantes que justifiquen lo observado anteriormente en la evolución en las negociaciones y señalen si existe alguna explicación objetiva alternativa a un condicionamiento de ambos módulos al cumplimiento de una cuota mínima de inversión global por parte de MEDIASET en las negociaciones.

Únicamente un anunciante, que no se incluye por lo tanto en las evidencias de los párrafos anteriores, habría ofrecido una explicación razonable más allá que señalar de manera general que no se vinculan o que no existe trasvase de cuota.

Especialmente ilustrativa de la falta de incentivos de muchos anunciantes a revelar la verdadera naturaleza de las negociaciones con MEDIASET, es la información relativa al GRUPO VAESA, anunciante que no ha solicitado la confidencialidad de su respuesta y, por tanto, permite a esta Dirección de Competencia exponer detalladamente todos los puntos de la negociación con MEDIASET.

De las propuestas comerciales facilitadas por la agencia de medios se detectan los siguientes hechos (folios 1182-1198):

- En la propuesta comercial inicial para febrero 2013, recibida el 23 de enero de 2013, se contempla una cuota de GRP para cada módulo Publiespaña, 22% para el módulo TELECINCO y 23% para el módulo CUATRO.

Posteriormente, en la propuesta comercial finalmente aceptada para febrero de 2013, de fecha 1 de febrero de 2013, se reduce la cuota del módulo TELECINCO al 17% y aumenta la cuota del módulo CUATRO al 28%, manteniéndose la suma de ambas cuotas en el 45%.

En su respuesta al requerimiento de la Dirección de Competencia sobre la anterior propuesta, el anunciante señala que solicita de forma expresa el share de GRP total grupo así como los GRP necesarios para cada una de las cadenas para cumplir con los objetivos de campaña (folio 1976).

Sin embargo, como puede observarse de la negociación para febrero de 2013, las cuotas posteriormente varían sustancialmente durante el proceso, por lo que es difícilmente creíble que éstas se correspondieran con una solicitud inicial expresa por parte del anunciante. Lo más probable, y en línea con lo que responden muchos anunciantes y con lo observado de las propuestas comerciales del GRUPO VAESA, es que MEDIASET facilite unas cuotas en línea con lo contratado habitualmente con el anunciante, que en determinadas campañas pueden no ser las adecuadas para el anunciante.

- En la propuesta comercial de junio 2013 (tanto en la propuesta inicial de 1 de mayo de 2013 como la propuesta final de 6 de mayo de 2013) se

menciona expresamente una cuota global de GRP en Mediaset del 47%, repartida en un 20% en el módulo Telecinco y en un 27% en el módulo Cuatro.

- En la propuesta comercial de noviembre de 2013 (tanto en la propuesta inicial de 23 de octubre de 2013 como en la propuesta final de 30 de octubre de 2013) se contempla una cuota global de GRP para MEDIASET del 45%, repartida un 20% en el módulo Telecinco y un 25% en el módulo Cuatro.
- En la propuesta comercial inicial de febrero de 2014 (propuesta de 23 de enero de 2014) se contempla, al igual que en las anteriores propuestas comerciales mencionadas, una cuota global de GRP para MEDIASET del 46% repartida entre el módulo de Telecinco y el módulo Cuatro en un 23% respectivamente.

VAESA añade expresamente que no se han realizado trasvases de cuota entre módulos de cara al cumplimiento de inversión. Sin embargo, como puede observarse claramente de la negociación para el mes de febrero de 2013, la cuota global del 46% en el grupo se mantiene de una propuesta a otra, incrementando la cuota comprometida para el módulo CUATRO a la vez que se reduce la de TELECINCO.

Insiste no obstante el anunciante en que si bien se negocia de manera simultánea, la negociación no ha estado vinculada de forma conjunta por ambos módulos. Sin embargo, cuando se le pregunta las razones que expliquen por qué MEDIASET en enero de 2013 le rebajó el precio por GRP del módulo TELECINCO a pesar de haber negociado una reducción de cuota en dicho módulo, contesta que lo anterior se explica *"por necesidades de target y precio de cara a obtener un coste lo más competitivo posible"* (folio 1976).

A la vista de lo anterior, para estos casos concretos, la mejora en el precio de un módulo multicanal de MEDIASET se logra en parte gracias a que el anunciante se compromete a incrementar su cuota en el otro módulo, y que cuando se mantiene la cuota mínima de inversión del grupo, modificándose los porcentajes aplicados a cada módulo, es porque el anunciante se ve obligado a cumplir con la misma.

2.4.- Hechos acreditados en relación con las medidas reparadoras adoptadas por MEDIASET

Según pruebas facilitadas por MEDIASET en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, PUBLIESPAÑA habría suscrito el 3 de marzo de 2014 acuerdos con todas las agencias de medios para formalizar el cobro de las extraprimas en virtud de una cuota mínima de inversión a alcanzar en cada uno de los módulos Publiespaña, a diferencia del modelo que hasta entonces imperaba de retribuir por una cuota de inversión alcanzada en el conjunto de canales de MEDIASET (folio 90).

Por otra parte, en un escrito complementario de alegaciones al acuerdo de incoación, MEDIASET aporta pruebas (folios 2540-2541) que muestran la impartición por parte de una consultora de un programa de formación en Derecho de la Competencia dirigido a los profesionales de MEDIASET directamente implicados en la comercialización de la publicidad televisiva del grupo.

Concretamente, dicho curso se habría impartido en tres sesiones de tres horas de duración cada una, los días 20 y 29 de abril y 6 de mayo de 2015. Durante dichas jornadas se habría explicado en detalle los compromisos asumidos por MEDIASET así como los motivos que llevaron a la autoridad de competencia a declarar determinados compromisos incumplidos. Asimismo, se realizaron tres casos prácticos y se dedicó una jornada a realizar recomendaciones de cara al correcto cumplimiento de los mismos y, en particular, en relación con la negociación simultánea de los canales TELECINCO y CUATRO por parte de los ejecutivos de ventas.

Dicho curso habría incluido, según señala MEDIASET (folio 2665), la adopción de un protocolo de actuación debidamente enviado al personal ejecutivo de MEDIASET, con la consideración de normativa interna y de obligado cumplimiento para todos los profesionales del grupo.

Asimismo, según información facilitada por MEDIASET en sus alegaciones de fecha 8 de julio de 2015, a partir de junio de 2015 habría procedido a la separación de los equipos comerciales de ventas que comercializan los espacios publicitarios de TELECINCO y CUATRO (folio 2663).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Según la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 20.2 de la misma ley, se atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, con informe de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de acuerdo con el artículo 14.2.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El artículo 62.4.c) de la LDC establece que son infracciones muy graves “*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, dictada en el expediente C/0230/10, autorizó la operación de concentración propuesta condicionada al cumplimiento de ciertos compromisos presentados por el notificante, entre ellos, el de no llevar a cabo la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión de MEDIASET (compromiso (ii)).

Con fecha 19 de diciembre de 2014, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC el informe parcial de vigilancia en el que concluyó que MEDIASET había incumplido lo dispuesto en el compromiso (ii) de la propuesta de compromisos presentada y asumida por MEDIASET en Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010.

A la vista de dicho informe parcial de vigilancia, mediante Resolución de fecha 18 de marzo de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC consideró justificado el inicio de un procedimiento sancionador a los efectos de esclarecer los hechos, determinar la responsabilidad de MEDIASET e imponer, en su caso, la sanción que procediera, e interesó a la Dirección de Competencia el inicio de las actuaciones.

Cuando en el marco de la vigilancia de una resolución se constata por la autoridad de competencia el incumplimiento o indicios de incumplimiento de la misma procede la incoación del correspondiente expediente sancionador. Así lo ha ratificado la Audiencia Nacional, en su sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso 95/2011), 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 Dirección de Investigación 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 Competencia, lo establecido en el compromiso (ii), y si el incumplimiento de éste compromiso constituye una infracción de lo establecido en la Resolución de la CNC en el expediente 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.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (LDC), por lo que resulta la Ley aplicable al presente expediente. No obstante, a efectos procedimentales, de acuerdo con lo señalado en el artículo 70.1 de la LDC, resulta de aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

TERCERO. VALORACIÓN JURÍDICA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia ha propuesto al Consejo que sancione a MEDIASET por una infracción muy grave del artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en el incumplimiento del resuelve primero y cuarto de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010 (C/0230/10), al haber incumplido, a su vez, el compromiso (ii) presentado por MEDIASET y aprobado por la CNC, consistente en 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, para así impedir que de facto se imponga la contratación conjunta de la publicidad de todos los canales de televisión cuya publicidad gestione TELECINCO.

Según la Dirección de Competencia, de la información recabada durante el periodo de vigilancia e instrucción del procedimiento, se evidencia que en múltiples ocasiones y con un número significativo de anunciantes MEDIASET ha vinculado expresamente o de facto la comercialización de los módulos Publiespaña TELECINCO y CUATRO al menos hasta el 31 de marzo de 2014²³, incumpliendo los compromisos, voluntariamente asumidos, referidos al mercado de publicidad televisiva.

Estos incumplimientos de MEDIASET, desde el 6 febrero de 2013 (fecha de la última resolución sancionadora SNC/0024/12) y hasta, al menos, el 31 de marzo

²³ Según consta en el apartado 2.3.4 letra a) de los hechos acreditados, MEDIASET reconoce que hasta el 31 de marzo de 2014 la cuota de inversión publicitaria en el total de los canales de MEDIASET es un elemento relevante en la negociación del espacio publicitario, por lo que la conducta debe atribuirse, al menos, hasta esa fecha.

de 2014, constituyen, según la Dirección de Competencia, una infracción única del artículo 62.4.c) de la LDC.

Asimismo, la Dirección de Competencia concluye que es responsable de esta infracción MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., como parte obligada por los compromisos que esta entidad presentó voluntariamente el 19 de octubre de 2010, a los que el Consejo de la extinta CNC subordinó la autorización de la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de CUATRO por parte de MEDIASET, mediante Resolución de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELE CINCO/CUATRO.

CUARTO. ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

El 20 de julio de 2015, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento y se notificó debidamente a MEDIASET para que, de conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, presentara las alegaciones que estimase convenientes.

Con fecha 14 de agosto de 2015, ha tenido entrada en el Registro de la CNMC un escrito de alegaciones presentado por MEDIASET, que a continuación son contestadas por esta Sala del Consejo de la CNMC.

Asimismo, con fecha 9 de septiembre de 2015 –y, por tanto, fuera del plazo legalmente previsto para su presentación- MEDIASET ha remitido escrito de alegaciones complementarias a las anteriores.

4.1.- Sobre la ausencia de elementos probatorios necesarios para sancionar a MEDIASET

MEDIASET alega que la instrucción del procedimiento no ha acreditado el incumplimiento de la condición (ii) objeto del procedimiento sancionador aquí resuelto.

La citada entidad considera que el propio análisis contenido en la Propuesta de Resolución muestra que no hay pruebas directas del supuesto incumplimiento y, por otra parte, los indicios existentes no reúnen los requisitos jurisprudenciales para considerarse prueba de la infracción. Asimismo, MEDIASET señala que, en todo caso, los hechos sobre los que se fundamenta la infracción representan una parte mínima del total de casos analizados que no superarían los estándares mínimos probatorios exigibles.

Sin embargo, esta Sala sí considera acreditada la conducta de MEDIASET consistente en la vinculación de los canales de TELE CINCO y CUATRO en la comercialización de los espacios publicitarios de ambos canales.

Como se ha indicado anteriormente, consta en el expediente una considerable cantidad de información sobre la política comercial de MEDIASET, que ha servido

de base a la Dirección de Competencia para considerar acreditado el incumplimiento del Compromiso (ii) adquirido por MEDIASET.

Del conjunto de hechos acreditados durante la instrucción del presente expediente cabe concluir, como veremos en los apartados siguientes, que dicha vinculación, de facto, se ha producido. Las declaraciones de un número significativo de anunciantes con elevadas inversiones publicitarias, los correos electrónicos incorporados por la Dirección de Competencia, así como la información recabada de MEDIASET, acreditan que, al menos, varios anunciantes no tuvieron la libertad necesaria para distribuir su inversión como estimase oportuna, 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.

Es cierto, como bien asume la Dirección de Competencia, y se encarga de recordar la interesada en sus alegaciones, que sólo se ha acreditado el incumplimiento para determinados anunciantes, pero no resulta necesario examinar la totalidad o un porcentaje mayor de los contratos suscritos por MEDIASET: en cualquier caso, la acreditación de la conducta se ha producido en un grado suficiente para considerar la existencia de un incumplimiento de las obligaciones asumidas en la Resolución de la CNC de 28 de octubre de 2010, con independencia de una mayor o menor cuantificación de los actos individuales que engloban la infracción, pues como bien señala la jurisprudencia, la infracción por la que se incumple una Resolución administrativa no exige que deba haber una generalización de incumplimientos²⁴.

Por otra parte, si bien MEDIASET considera que la probable extensión de esta conducta a un número mayor de anunciantes esgrimida por la Dirección de Competencia es una mera hipótesis, debe reiterarse que la declaración del incumplimiento, basada en hechos debidamente contrastados, no obliga a examinar la totalidad de los servicios prestados por MEDIASET, en particular si se tiene en cuenta que la muestra de anunciantes hace referencia a los de mayor volumen de inversión y, por tanto, mayor poder de negociación frente a MEDIASET. Adicionalmente no puede tampoco obviarse que la muestra de anunciantes evaluada no coincide para un conjunto de anunciantes con los evaluados en el marco del expediente sancionador SNC/0024/12, en el que se sancionó a MEDIASET por conductas muy similares para un periodo temporal anterior.

Cabe añadir, además, que 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. Basta observar, por ejemplo, las circunstancias del proceso de negociación que favorecen o acreditan directamente la citada

²⁴ Fundamento de derecho octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 2007 (Recurso de Casación 8217/2004).

vinculación, como es el hecho de utilizar el mismo ejecutivo de ventas o el cobro de las extraprimas con las agencias de medios en base a unos objetivos de inversión mínima o cuota de GRP que incluyen ambos módulos TELECINCO y CUATRO. Igualmente, el cambio de tendencia de la inversión publicitaria realizada en los canales de MEDIASET resulta un hecho significativo de la tendencia a la vinculación de los módulos, si tenemos en cuenta que los módulos multicanal de MEDIASET aumentan hasta el 82% como consecuencia de la fuerte caída de ventas del módulo monocadena, y cómo va aumentando el porcentaje de ingresos invertidos en la adquisición simultánea de ambos módulos, hasta alcanzar un máximo del 78% del total invertido en MEDIASET en el primer semestre 2013 para caer posteriormente al mismo nivel del segundo semestre de 2011 y de todo 2012, si bien a bastante distancia (un 15% más) del nivel del primer semestre de 2011, que es el que puede identificarse como el nivel de partida al iniciarse el proceso de fusión entre las dos cadenas.

En sus alegaciones complementarias presentadas el 9 de septiembre de 2015, MEDIASET señala que el porcentaje de compra simultánea de los módulos multicanal TELECINCO y CUATRO ha aumentado desde que se dejó de incluir la cuota global entre los parámetros de la negociación, alcanzando el 77 % en el segundo semestre de 2014 y el 83 % en el primer semestre de 2015. Según MEDIASET, esta evolución es contraria a la que cabría esperar si la cuota global hubiese incentivado de algún modo las ventas vinculadas y simultáneas de ambos módulos, tal y como sostiene la Dirección de Competencia, por lo que los datos apuntados acreditan la ausencia de ventas vinculadas durante el periodo analizado y la inconsistencia de las valoraciones contenidas en la Propuesta de Resolución.

Los datos ofrecidos por MEDIASET corresponden a un periodo temporal no incluido en los hechos analizados en el presente expediente, por lo que deberán ser examinados en los próximos informes de vigilancia que elabore la Dirección de Competencia. En cualquier caso la tesis expuesta por MEDIASET no permite acreditar, como pretende, la ausencia de ventas vinculadas durante el periodo anterior, ya que no tiene en cuenta otros posibles factores que hayan podido incidir en el máximo alcanzado en el primer semestre de 2015 en la compra simultánea de módulos multicanal, máximo que resulta coherente con el aumento de los presupuestos de inversión publicitaria por empresa al consolidarse la recuperación de la economía española tras la crisis.

En definitiva, esta Sala considera que existen suficientes elementos de juicio que permiten considerar acreditada la conducta objeto de la infracción analizada en el presente procedimiento, tal como veremos en los apartados siguientes.

4.2.- Sobre las circunstancias del proceso de negociación de la publicidad de MEDIASET que favorecen la vinculación de los módulos TELECINCO y CUATRO

Esta Sala coincide plenamente con la Dirección de Competencia en la consideración de que durante el período investigado no solo se constata un comportamiento de MEDIASET que creaba un entorno favorable a la venta vinculada tácita de los módulos PUBLIESPAÑA, sino que los comportamientos de MEDIASET detectados por la DC constituyen aspectos relevantes de su política de comercialización de sus espacios publicitarios. En este sentido, no podemos estar de acuerdo con MEDIASET cuando señala en sus alegaciones que estas pautas de comportamiento comercial son meras circunstancias y que no suponen *per se* un incumplimiento directo del compromiso (ii), puesto que no solo favorecen que se haya producido una reiteración por parte de MEDIASET en su estrategia de vinculación de los módulos TELECINCO y CUATRO, sino que forman parte de ese incumplimiento.

En efecto, la forma en que MEDIASET desarrolla sus negociaciones con los anunciantes deja poco margen para el cumplimiento del compromiso de no vincular de facto los módulos comerciales PUBLIESPAÑA que incluyen los principales canales de grupo, TELECINCO y CUATRO, a la hora de negociar sus condiciones comerciales. De hecho, la negociación de los módulos PUBLIESPAÑA se realiza en la mayor parte de las ocasiones a través de un mismo ejecutivo de ventas de la filial de MEDIASET lo que dificulta que en las negociaciones entre PUBLIESPAÑA y los anunciantes se pueda percibir una distinción nítida entre ambos módulos publicitarios.

A lo anterior habría que añadir que la autoridad de competencia ya se manifestó sobre estas actuaciones de MEDIASET en el marco del expediente SNC/0024/12, señalando al respecto el Consejo de la CNC que el *"hecho de que una misma persona negocie simultáneamente las condiciones de ambos módulos y llegue incluso a mandar las propuestas para los módulos PUBLIESPAÑA TELECINCO y CUATRO en el mismo correo, favorece que se produzca una negociación conjunta de la publicidad televisiva de los canales de TELECINCO y CUATRO y que se produzca una vinculación de facto de los módulos comerciales que contienen ambos canales."*

En relación con lo anterior, MEDIASET señala que este hecho no puede ser un indicio de incumplimiento del compromiso (ii), ya que tal compromiso no obliga a disponer de equipos de ventas separados, añadiendo que varios anunciantes han manifestado que las condiciones de cada módulo se negocian por separado.

Sin embargo, esta Sala considera que la negociación de ambos módulos por un mismo ejecutivo de ventas sí genera un marco totalmente desfavorable para el cumplimiento del mismo en la medida que el ejecutivo de PUBLIESPAÑA dispondrá de todos los incentivos y recursos a su disposición para negociar ambos productos conjuntamente, tanto por cuestiones prácticas como para así

incrementar su volumen de ventas, y probablemente su comisión. Esta práctica, por tanto, en conjunción con el resto de pruebas obtenidas en este expediente, permiten considerar la existencia de un incumplimiento. Incluso puede afirmarse que, al contrario de lo que afirma MEDIASET, la propia existencia de una negociación por un mismo ejecutivo de ventas, dentro de una política de ventas conjunta para ambos módulos como la que se observa, supone un incumplimiento directo del compromiso (ii) que requiere que MEDIASET no desarrolle 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. Al contrario de lo que afirma MEDIASET, una política comercial no se circunscribe exclusivamente a la negociación o venta final de los servicios publicitarios ofertados al mercado, sino que incluye una pluralidad de factores y elementos diversos, entre ellos la estructura del departamento comercial, el diseño de las ofertas o el personal destacado para la oferta, venta y negociación.

Esto queda corroborado, además, por los propios anunciantes en sus respuestas a la pregunta realizada en el requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia en el que la mayoría de los anunciantes han respondido que efectivamente la negociación se realiza simultáneamente (folios 2281.1; 2295-2314).

Otra de las estrategias de MEDIASET que permite observar una vinculación en la comercialización de módulos o paquetes comerciales es que PUBLIESPAÑA ha negociado hasta 2014 el cobro de las extraprimas con las agencias de medios en base a unos objetivos de inversión mínima o cuota de GRP que incluyen ambos canales TELECINCO y CUATRO.

Al respecto, MEDIASET alega que los anunciantes necesitan invertir en ambos módulos PUBLIESPAÑA para cubrir sus necesidades de cobertura, por lo que la existencia o no de extraprimas a las agencias con base en todo o una parte de los canales del grupo MEDIASET no tiene impacto alguno en el cumplimiento del compromiso (ii).

Sin embargo, las agencias de medios no son meros intermediarios entre los anunciantes y MEDIASET, por lo que el sistema de cobro de extraprimas diseñado por PUBLIESPAÑA sí tiene impacto en la negociación publicitaria. En efecto, el sistema diseñado implica que las agencias de medios tienen incentivos no solamente para atraer el máximo número de GRP al grupo MEDIASET, lo que favorecería la vinculación de los módulos, sino que también tendrían incentivos a no negociar una reducción significativa de los precios, para maximizar el volumen de inversión publicitaria televisiva canalizado a través de MEDIASET.

MEDIASET alude a su caída de cuota de pantalla para justificar un mayor poder de las agencias, no obstante nada demuestra en las alegaciones de MEDIASET que exista causalidad entre ambas circunstancias, existiendo múltiples factores que explican la ligera caída de cuota de MEDIASET.

De hecho, la evolución muestra que la situación actual es más favorable para MEDIASET en la medida en que las agencias de medios actualmente tienen menos poder compensatorio que antes, como se desprende del endurecimiento de las condiciones para cobrar las extraprimas y la caída de su valor, lo que ha contribuido a reducir una de las principales fuentes de ingresos de las agencias de medios.

En todo caso, y sin perjuicio de que las agencias de medios puedan disponer de cierto poder por el grado de concentración existente en el mercado de televisión en abierto, todos los indicios de funcionamiento del mercado (entre otros, el diseño de ofertas comerciales, la evolución de precios, etc.) indican que, por mucha presión que pretendan ejercer las agencias de medios a los operadores de televisión, éstos siempre pueden contrarrestarlo de manera más eficaz.

En efecto, en última instancia las televisiones pueden prescindir puntualmente de un número concreto de anunciantes en un momento determinado, pues disponen de distintas alternativas para cubrir sus huecos publicitarios, pero para los anunciantes prescindir de MEDIASET como canal de emisión de publicidad tiene graves consecuencias para la eficacia y cobertura de sus campañas publicitarias.

Por ello, esta Sala considera que ha quedado acreditado que el sistema de retribución condicionado aplicado por MEDIASET a las agencias de medios está condicionando de manera artificial a los anunciantes y a las agencias de medios para adquirir inversión conjuntamente en los módulos TELECINCO y CUATRO.

En definitiva, la política de MEDIASET para el cobro de las extraprimas por parte de las agencias de medios hasta marzo de 2014, y la dinámica de negociación de MEDIASET con los anunciantes, al menos hasta abril de 2014, constituyen un conjunto de parámetros de la política comercial que acredita la venta vinculada de facto por parte de MEDIASET de la publicidad televisiva los canales TELECINCO y CUATRO.

Aunque estas circunstancias por sí mismas permitirían ya argumentar e identificar la existencia de un incumplimiento del compromiso (ii), su inserción dentro del conjunto de elementos de prueba obtenidos por la DC a lo largo de la instrucción permiten acreditar con certeza la existencia de un incumplimiento claro. En efecto, los comportamientos detectados en las negociaciones ejecutadas por MEDIASET son circunstancias que deben ser observadas como una evidencia más dentro del conjunto de elementos de prueba obtenidos por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción de este procedimiento, y que en su conjunto permiten identificar un claro incumplimiento del compromiso adquirido en su día MEDIASET y por el que ya ha sido sancionada anteriormente.

4.3.- Sobre la vinculación de facto de los módulos TELECINCO y CUATRO

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, de los hechos acreditados expuestos en la presente resolución, se desprende que MEDIASET, en el transcurso de las negociaciones con los anunciantes, ha vinculado expresamente

y de facto los módulos Publiespaña TELECINCO y Publiespaña CUATRO, negociando de manera conjunta ambos paquetes comerciales con anunciantes y agencias de medios a través del establecimiento expreso y tácito de una cuota mínima de inversión global, lo que supone un incumplimiento grave y directo de las obligaciones de MEDIASET en el ámbito de la publicidad televisiva impuestas en el marco de la Resolución de 28 de octubre de 2010.

Esta Sala considera que los hechos acreditados muestran como MEDIASET ha llevado a cabo una estrategia comercial de vinculación de facto de sus módulos TELECINCO y CUATRO, en primer lugar a través de la inclusión formal de una cuota global mínima de inversión en el grupo de canales MEDIASET en las propuestas comerciales que MEDIASET envió a los anunciantes hasta abril de 2014 y, en segundo lugar, a través de la negociación en base a una cuota tácita mínima global de inversión en el grupo de canales de MEDIASET que evidencia el trasvase de cuotas entre módulos PUBLIESPAÑA hasta el primer trimestre de 2014.

Estas conductas, en conjunción con el resto de elementos de juicio señalados anteriormente, son las que permiten concluir, a juicio de esta Sala, la existencia de una reiteración²⁵ por parte de MEDIASET en el incumplimiento del compromiso (ii) y, por ende, de la Resolución de fecha de 28 de octubre de 2010.

Analizamos, a continuación, ambas conductas a partir de las alegaciones presentadas por MEDIASET.

a) LA CUOTA GLOBAL MÍNIMA DE INVERSIÓN EN PUBLIESPAÑA

Se ha demostrado en la presente resolución que un número significativo de anunciantes consultados seguían recibiendo hasta el primer trimestre de 2014 propuestas comerciales que incorporaban formalmente un porcentaje mínimo de inversión o de cuota de GRP 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.

De un análisis de las propuestas comerciales aportadas por las agencias de medios durante el periodo octubre 2012 a febrero 2014, se observa como MEDIASET envió propuestas comerciales que incorporaban una cuota global de GRP en el grupo de canales de MEDIASET, al menos en 24 ocasiones, a 13 anunciantes diferentes²⁶. En un número adicional de propuestas comerciales, concretamente cuatro, si bien no se incluye formalmente una cuota global para el grupo, se señala expresamente que "*Solo se entenderá cumplido el acuerdo si se*

²⁵ MEDIASET fue sancionada el 6 de febrero de 2013 por el Consejo de CNC por la misma infracción y similares hechos.

²⁶ MICROSOFT (folio 459), LINDT (folio 518), BIMBO (folio 786), VODAFONE (folio 796), NIVEA (folio 1725), PSA (1745), LACTALIS (folios 1359, 1360 y 1362), JAZZTEL (folio 1390), L'OREAL (folios 1425, 1438, 1442, 1450 y 1459), COLGATE (folios 1287 y 1291), ORANGE (folio 1801), GRUPO VAESA (folio 1190 y 1196), CAMPOFRIO (folio 1355).

cumplen las cuotas de negociación, en cada target²⁷, lo que implica que a la hora de cumplir el acuerdo negociado se tiene en cuenta el cómputo global de ambos módulos.

Como ya se ha señalado, esta práctica ya ha sido sancionada anteriormente por el Consejo de la CNC mediante Resolución de fecha 6 de febrero de 2013, adoptada en el marco del expediente sancionador SNC/0024/12, cuando se determinó que *"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"*.

Por tanto, el hecho de que se haya acreditado que MEDIASET sigue comercializado la publicidad en las mismas condiciones, es una demostración clara de la intención de MEDIASET de continuar llevando a cabo las citadas conductas contrarias a lo ya resuelto por la autoridad de competencia con anterioridad.

MEDIASET considera que no existen pruebas de que imponga dicha cuota como parámetro durante las negociaciones, más allá de afirmaciones genéricas de los anunciantes, y que en todo caso no impide que los anunciantes que lo deseen puedan invertir en un solo módulo. Añade, además, que en todo caso se trataría de una cifra solicitada por los anunciantes en sus *briefings*.

MEDIASET acompaña a su escrito de alegaciones de 14 de agosto de 2015 (folios 2851-2890) un anexo en el que incorpora seis breves cartas de contenido similar, remitidas por distintas agencias de medios (Ymedia, Equmedia, Groupm, Havas Media, Onmicom y Vivaki), en las que dichas empresas afirman que, debido a las necesidades de comunicación de sus clientes, *"nunca o en muy contadas ocasiones"* han requerido a PUBLIESPAÑA invertir únicamente en uno de sus módulos, por lo que siempre han negociado sin obstáculos los módulos que han necesitado para cada campaña. Las agencias afirman que es práctica habitual invertir conjuntamente en los dos módulos principales de MEDIASET sin que PUBLIESPAÑA haya condicionado o dificultado la negociación cuando han solicitado invertir en un solo módulo, a efectos de cumplir con los objetivos de una determinada campaña.

Sin embargo, esta Sala considera que de acuerdo con la información obrante en el expediente se ha demostrado de una manera precisa que la cuota mínima global de inversión en el total de canales de MEDIASET es un parámetro

²⁷ Véanse, folios 1793, 1792, 1801 y 474.

importante de negociación entre PUBLIESPAÑA y los anunciantes, al margen de la existencia de una cuota formal incluida en las propuestas comerciales.

La propia MEDIASET ha reconocido anteriormente que la cuota global de inversión sí es un parámetro de negociación con los anunciantes, reforzando esta importancia como parámetro negociador en las alegaciones que la entidad presentó en el marco del expediente de vigilancia VC/0230/10 y que, por su interés, procede recordar (folio 2617): *"Como puede observarse, dicho porcentaje es similar entre el segundo trimestre de 2013 (**cuando se otorgaban descuentos por módulo en función de la inversión en la totalidad de los módulos**) y en el segundo trimestre de 2014 (cuando los descuentos por módulo se determinaban en función de la inversión en dicho módulo exclusivamente)"* (énfasis en negrita añadido).

De lo anterior se desprende, por tanto, que, al menos hasta abril de 2014, la cuota de inversión en el total de canales de MEDIASET sí era un parámetro importante en las negociaciones y no una mera referencia como ha alegado MEDIASET en el presente expediente.

Tampoco cabe estimar las alegaciones presentadas por MEDIASET en las que considera que los hechos se basan en afirmaciones genéricas, toda vez que ha quedado constatado que tales manifestaciones proceden de la información remitida por los anunciantes a las solicitudes de información formuladas por la Dirección de Competencia, así como de las propuestas comerciales originales y correos que MEDIASET remitía tanto a los anunciantes como a las agencias de medios. Estos elementos de prueba son, como hemos señalado, suficientes para considerar acreditada la conducta descrita.

Por otro lado, en relación con la alegación de MEDIASET consistente en señalar que la cuota global derivaría, en todo caso, de la demanda procedente de los propios anunciantes, cabe señalar que, como ya se ha puesto de manifiesto a partir de las respuestas de los anunciantes y de las propuestas comerciales aportadas, la cuota prevista de inversión en el grupo no es uno de los parámetros que figuran en los *briefing* que sus agencias de medios envían a MEDIASET para comenzar las negociaciones.

Aunque MEDIASET ha presentado las citadas cartas de seis agencias de medios que afirman que, debido a las necesidades de comunicación de sus clientes, *"nunca o en muy contadas ocasiones"* han requerido a PUBLIESPAÑA invertir únicamente en uno de sus módulos, siendo habitual la contratación conjunta de los dos módulos principales de PUBLIESPAÑA, MEDIASET no aporta en sus alegaciones ninguna otra prueba documental que demuestre que efectivamente son los anunciantes los que solicitan a MEDIASET en sus *briefing* unas determinadas cuotas globales al inicio de las negociaciones y, de hecho, las pruebas obrantes en el presente expediente parecen disponer lo contrario. Al tratarse de documentación que fundamentalmente debe obrar en su poder, MEDIASET hubiera podido presentarla y solicitar su incorporación al presente expediente para acreditar sus afirmaciones contrapuestas a la prueba presentada

por la DC, tal y como manifestó la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de noviembre de 2012²⁸, en relación a la posibilidad de usar todos los medios de defensa al alcance de un imputado: *“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 las distribuidores independientes no modifican el PVP fijado por la petrolera”*.

En cualquier caso, el incumplimiento de la condición se produce cuando MEDIASET se presta a negociar en base a una cuota global de inversión en el grupo, por lo que resultaría irrelevante, a los efectos de considerar la existencia de un incumplimiento de la condición, si el origen de la comercialización vinculada deviene de una solicitud del anunciante.

En relación con las cartas de las seis agencias de medios aportadas como prueba por MEDIASET para desvirtuar las conclusiones de la Dirección de Competencia, en las que afirman que PUBLIESPAÑA nunca ha negado la posibilidad de invertir en uno sólo de los módulos, esta Sala considera que los citados escritos vienen a corroborar que el porcentaje de inversión global que se destinaba a MEDIASET constituía uno de los parámetros de la negociación con las agencias, como reconocen las propias empresas. En todo caso las cartas presentadas no pueden contrarrestar la prueba directa de la vinculación de módulos comerciales que se imputa a MEDIASET, incorporada al expediente a través de diversas comunicaciones de PUBLIESPAÑA con anunciantes y agencias y la restante documentación antes expuesta.

Por otro lado, no puede obviarse que una de las estrategias de MEDIASET para favorecer la vinculación de la comercialización de los módulos PUBLIESPAÑA hasta 2014 ha sido el cobro de extraprimas por las agencias de medios en base a unos objetivos de inversión mínima o cuota de GRP que incluyen ambos canales TELECINCO y CUATRO, por lo que resulta lógico que dichas agencias adaptasen su comportamiento a la política comercial de MEDIASET, al depender sus ingresos en gran medida de sus relación con la operadora televisiva.

Otras de las alegaciones que MEDIASET ha mantenido durante la tramitación del procedimiento es que en 2012 y 2013 han contratado una cuota global con MEDIASET de más del 35% y más del 45% respectivamente, mostrando que en ambos casos en torno al 25-32% de campañas y anunciantes han contratado un solo módulo PUBLIESPAÑA.

Con ello, MEDIASET pretende demostrar que, a pesar de la existencia de una política de descuentos asociada a una cuota global de inversión de GRP en el

²⁸ Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (recurso 636/2009) 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 (expte. S/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP)

grupo de canales, el número de campañas y de anunciantes que invierten en un solo módulo es significativo, por lo que se podría deducir que no es un parámetro relevante en las negociaciones.

Esta Sala quiere destacar que dicho análisis, tal como ya puso de manifiesto la Dirección de Competencia, se refiere a número de campañas y no a cifras de inversión. En términos de inversión, el total de campañas simultáneas representó el 76% en el primer y segundo semestre de 2012 y un 78% y 70% respectivamente en el primer y segundo semestre de 2013. Es decir, sólo entre el 24% y 30% del total de la inversión en MEDIASET se debe a campañas no simultáneas realizadas en un solo módulo PUBLIESPAÑA.

Esto implica, y así lo ha reconocido MEDIASET, que los datos que analiza MEDIASET corresponden a pequeños anunciantes que tienen un menor presupuesto y contratan un menor número de GRP. Para esos anunciantes es factible dirigir su campaña hacia uno sólo de los módulos PUBLIESPAÑA, mientras que los grandes anunciantes, con campañas mayores y mayor número de GRP contratados, difícilmente pueden centrar el 45% de esos GRP en un sólo módulo.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que señalar que si bien para un anunciante puede ser posible invertir en un solo módulo de MEDIASET, principalmente para el caso de pequeños anunciantes, lo relevante a la hora de valorar el incumplimiento del compromiso (ii) es analizar el proceso de negociación subyacente.

Es decir, puede ser que el anunciante finalmente opte por invertir en un único módulo o canal porque se acoge mejor a sus necesidades, pero su decisión y los precios que ha obtenido se ha visto condicionada y distorsionada por esta política comercial de MEDIASET de negociar una cuota global de GRP, que implica que de facto se negocian ambos módulos de forma vinculada.

En el caso de los grandes anunciantes, si el parámetro inicial de la negociación para obtener descuentos es una determinada cuota global en el grupo MEDIASET, este se verá obligado bien a invertir en ambos módulos PUBLIESPAÑA, aunque en un principio no estuviera interesado en ello, o bien a centrar la negociación en la desvinculación en vez de en otros parámetros más importantes como precio o calidad.

Asimismo, esta Sala quiere resaltar que, de ser cierta la afirmación de MEDIASET de que no se han establecido cuotas globales mínimas para publicidad que abarquen a la integridad del grupo MEDIASET, carecería de sentido que la propia MEDIASET establezca cláusulas de incumplimiento para los anunciantes, relativas a la falta de cumplimiento de las cuotas mínimas de GRP del grupo MEDIASET, como las que se reflejan en las propuestas comerciales analizadas en este expediente.

En conclusión, esta Sala considera que ha quedado acreditado que hasta el primer trimestre de 2014 MEDIASET ha estado remitiendo, al menos, a varios anunciantes propuestas comerciales que incorporan formalmente un porcentaje

mínimo de inversión o de cuota de GRP 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.

b) TRASVASES DE CUOTAS ENTRE MÓDULOS PUBLIESPAÑA

Una prueba adicional de que el establecimiento de un mínimo de inversión para los anunciantes en los canales del grupo MEDIASET es un parámetro exigido por PUBLIESPAÑA y no por los anunciantes, es que durante las negociaciones entre éstos y PUBLIESPAÑA se realizan trasvases de puntos porcentuales de cuota entre los módulos PUBLIESPAÑA con el fin de acomodarse en cierta medida a lo deseado por los anunciantes durante las negociaciones, si bien situándose siempre en una posición de *second best* en la medida en que éstos no pueden elegir como punto de partida los canales, módulos y cuotas óptimas para sus intereses.

La Resolución del Consejo del 6 de febrero de 2013 establece claramente que lo anterior constituye asimismo una prueba de vinculación entre los principales módulos del grupo: *"del conjunto de hechos acreditados durante la instrucción del presente expediente sí cabe concluir que dicha vinculación, de facto, se ha producido [...] 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, intercambiándose cuotas entre los canales de Telecinco y Cuatro como si de vasos comunicantes se tratase."*

Esta Sala considera que existen evidencias suficientes de la existencia de trasvases de cuotas durante las negociaciones para al menos 9 de los 23 anunciantes consultados (lo que representa un 39,1%), que son consecuencia del hecho de que se negocie sobre unos porcentajes de cuota global de inversión para el grupo, por lo que los anunciantes negocian reduciendo cuota en un módulo y aumentando en otro para tratar de equilibrar precios con sus objetivos para sus campañas.

La justificación que MEDIASET ha venido ofreciendo a lo largo del procedimiento a esta situación es la caída de inversión publicitaria en los últimos años, lo que habría obligado a MEDIASET a una reducción de los precios para ser competitivos.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, tal argumentación carece de toda lógica, ya que, tal como señala acertadamente la Dirección de Competencia, la oferta económica inicial que envía mensualmente PUBLIESPAÑA a los anunciantes ya contempla un precio adaptado al contexto económico existente, de manera que cuando se observa una bajada de precios en las distintas propuestas comerciales referidas a un mismo mes y anunciante, éstas se adaptan a la realidad económica que en esos momentos viven el sector publicitario y televisivo en España que,

evidentemente en épocas de bonanza económica permite a MEDIASET aumentar los ingresos provenientes de los anunciantes.

En todo caso, los hechos acreditados no hacen referencia a la reducción de precios a la que alude MEDIASET en sus alegaciones, sino en un movimiento de cuotas y/o precios cruzados.

MEDIASET no aporta una explicación alternativa para explicar dichos movimientos, más allá de señalar que es lo habitual en un contexto de caída de la inversión publicitaria, quejándose además de que, al no poder conocer la identidad de los anunciantes a los que se refieren las pruebas, no puede saber qué parámetros influenciaron en las negociaciones.

En relación con estas alegaciones, se debe señalar que, sin perjuicio de lo que se dirá en las alegaciones posteriores sobre esta cuestión, el hecho de que MEDIASET no pueda conocer la identidad de los anunciantes tiene su justificación en razones de eficacia de la actuación de la CNMC en la vigilancia de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la concentración TELECINCO/CUATRO y, por tanto, no invalida el valor acreditativo de esta documentación. Además, del análisis de la citada información no cabe deducir otra valoración que no sea la exigencia por parte de MEDIASET a los anunciantes con los que negocia de una cuota mínima de inversión en las empresas del Grupo MEDIASET.

Y en segundo lugar, de su larga experiencia en la comercialización de publicidad, MEDIASET debería conocer los distintos escenarios habituales o factibles que pudieran explicar lo observado en las pruebas documentales. Sin embargo, amparándose en el desconocimiento de la identidad de cada uno de los anunciantes que han aportado documentación en el marco del expediente de vigilancia VC/0230/10, la entidad no ofrece ni uno solo de estos posibles escenarios.

Así, ante la ausencia de una explicación alternativa y racional, cabe considerar que detrás de las negociaciones observadas que implican trasvase de cuotas hay un compromiso implícito de cuota mínima de inversión en el grupo de canales que componen el grupo MEDIASET y que esta obligación de cuota mínima es exigida por MEDIASET a los anunciantes que desean contratar como canal de emisión las dos principales cadenas del Grupo: TELECINCO y CUATRO.

Todo lo anterior refuerza la tesis de una vinculación tácita entre ambos módulos PUBLIESPAÑA introducida por MEDIASET en gran parte de sus relaciones comerciales con anunciantes.

En definitiva, esta Sala considera que MEDIASET ha incumplido el compromiso (ii) presentado por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (actualmente MEDIASET) el 19 de octubre de 2010.

Este incumplimiento se ha hecho efectivo, a la luz de los datos obrantes en el expediente, a través de dos prácticas. En primer lugar, la inclusión formal de una

cuota global mínima de inversión en el grupo de canales MEDIASET en las propuestas comerciales que MEDIASET envió a los anunciantes hasta abril de 2014 y, en segundo lugar, a través de la negociación en base a una cuota tácita mínima global de inversión en el grupo de canales de MEDIASET que evidencia el trasvase de cuotas entre módulos PUBLIESPAÑA hasta el primer trimestre de 2014.

Ambas conductas, en conjunción con el resto de indicios señalados anteriormente, son las que permitirían acreditar la existencia de una infracción del artículo 62.4.c) de la LDC.

4.4.- Sobre el informe económico presentado por MEDIASET

MEDIASET ha incluido en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución de este expediente sancionador, presentadas el 14 de agosto de 2015, explicaciones complementarias en defensa del informe económico elaborado por COMPASS-LEXECON (folios 2591 a 2645), y que había sido presentado el 11 de agosto de 2014 en su escrito de alegaciones a la propuesta de Informe parcial de vigilancia. Asimismo MEDIASET también ha contestado las críticas expuestas por la Dirección de Competencia en la Propuesta de Resolución en el documento titulado “Análisis económico de la Propuesta de Resolución” (folios 2904-2914).

El informe analiza en primer lugar los datos agregados de coste y volumen de adquisición de GRP de los anunciantes relativos a la inversión publicitaria en MEDIASET entre el segundo semestre de 2012 y el segundo semestre de 2013, con el objetivo de evaluar si la política de precios cargados por la operadora es consistente con la venta vinculada de espacios de publicidad en los canales TELECINCO y CUATRO. A su juicio, la vinculación entre los principales canales del grupo implicaría necesariamente que el coste de los GRP de una cadena debería depender del volumen de GRP adquiridos de la otra cadena del grupo. El informe concluye que esta relación no es significativa, por lo que no se puede deducir la existencia de vinculación.

MEDIASET aporta en esta ocasión, en respuesta a una de las críticas recogidas por la Dirección de Competencia en la Propuesta de Resolución, los datos y códigos empleados en las estimaciones de los modelos del Informe económico y en sus alegaciones rechaza los errores detectados por la DC en la especificación y estimación del modelo econométrico, alegando que se trata en cada caso de críticas especulativas, incorrectas e injustas.

En segundo lugar, el informe económico presentado por MEDIASET trataba de mostrar que la venta vinculada de espacios de publicidad en el módulo Publiespaña TELECINCO y Publiespaña CUATRO se traduciría necesariamente en un precio inferior de los espacios publicitarios y/o en un aumento de los ingresos por publicidad. Sin embargo, su análisis del período 2010-13 concluye que se produjo de hecho una reducción del volumen de inversión publicitaria de un 3-6% en los módulos mencionados, y esto mostraría desde otro punto de vista

la ausencia de vinculación en las ofertas comerciales de publicidad. En las alegaciones presentadas por MEDIASET a la Propuesta de Resolución se afirma que las críticas recogidas en la Propuesta de Resolución sobre este apartado del informe económico son especulativas y no ofrecen una explicación alternativa a la planteada por el informe.

En respuesta a la alegaciones de MEDIASET, esta Sala considera necesario, en primer lugar, reiterar que, de acuerdo con lo señalado pormenorizadamente en los hechos acreditados en esta Resolución, y en la respuesta a las alegaciones presentadas por MEDIASET ante la Propuesta de Resolución (apartados 4.1 a 4.3 de esta Resolución), existen pruebas directas de que MEDIASET, durante el proceso de negociación con un conjunto significativo de anunciantes, ha condicionado las ofertas de ambos módulos PUBLIESPAÑA entre sí, o las ha presentado de manera conjunta. No procede reiterar de nuevo en este apartado las evidencias directas e indirectas del incumplimiento que han sido introducidas y argumentadas anteriormente, independientemente de su carácter más o menos generalizado.

Ante las evidencias directas de comercialización vinculada aportadas por la DC, el estudio económico se concentra en demostrar que no existe tal vinculación porque, por un lado, no se cumple una relación funcional negativa entre el coste de los GRP de TELECINCO o, en su caso, CUATRO, y el volumen de GRP adquirido en la otra cadena; y por otro lado, porque no se cumple la necesaria –según el informe económico– reducción en el precio medio de la publicidad y/o aumento del volumen de inversión publicitaria en las dos cadenas afectadas. Es decir, las alegaciones de MEDIASET basadas en el informe económico se fundamentan en mostrar que no se han producido los efectos esperados, y que la ausencia de esos efectos (en términos de coste medio efectivo de los GRP o del volumen de publicidad contratada) implicaría necesariamente que no se habría producido incumplimiento alguno.

Sin embargo, incluso en el caso de que pudiera aceptarse el análisis del informe económico sin reparo alguno, no parece razonable ignorar las evidencias directas o indirectas recabadas por la Dirección de Competencia y justificar la inexistencia de un incumplimiento del compromiso (ii) por la ausencia de los efectos que, a juicio de MEDIASET, serían ordinariamente esperables como consecuencia de una vinculación de las ofertas comerciales de publicidad en las dos cadenas. En todo caso, esta posible ausencia de los efectos característicos de una vinculación de las ofertas comerciales entre cadenas podría, a lo sumo, matizar la valoración del daño causado por el incumplimiento, lo que a su vez tendría que ser tenido en cuenta a la hora de determinar la sanción.

Teniendo en cuenta la información aportada en las alegaciones presentadas por MEDIASET a la Propuesta de Resolución, esta Sala acepta sólo algunas de las explicaciones aportadas para contestar a las valoraciones críticas sobre la sección 3 del informe económico, en concreto, las explicaciones sobre la falta de imposición de simetría y sobre los problemas de multicolinealidad y

endogeneidad, aunque mantiene sus reservas sobre la posible influencia de la omisión de variables en la especificación del modelo, algunas de las cuales sí se indicaron en la Propuesta de Resolución, en contra de lo que se afirma en las alegaciones de MEDIASET. En cambio, en opinión de esta Sala la argumentación basada en el análisis realizado en la sección 4 del informe económico sigue resultando altamente cuestionable a pesar de las explicaciones aportadas. No parece que una reducción de la inversión en publicidad entre 2010-13 en las cadenas afectadas pueda utilizarse como argumento para mostrar la ausencia de incumplimiento en la comercialización vinculada de ofertas.

Esta Sala no puede por tanto aceptar la conclusión última del informe económico aportado, a saber, que no se habría dado incumplimiento porque no se han podido detectar los efectos en los costes medios de GPR que serían esperables en caso de un incumplimiento, cuando existe de hecho evidencia directa e indirecta de múltiples ejemplos de vinculación en las negociaciones de las ofertas publicitarias para CUATRO y TELECINCO.

Como se ha dicho ya, el informe puede aportar valor añadido a la defensa de MEDIASET en la medida en que interese valorar la presencia o no de efectos del incumplimiento a la hora de la determinación de la sanción, pero no procede concederle la capacidad de alterar la valoración realizada por la Dirección de Competencia en su PR, basada en un buen número de hechos acreditados en este expediente, y que fueron recabados directamente de las agencias de medios y de los propios anunciantes.

4.5.- Sobre la indefensión alegada por MEDIASET

MEDIASET considera vulnerado su derecho de defensa al no haber tenido acceso a la identidad de las empresas que han sido requeridas para aportar la información necesaria para acreditar los hechos constitutivos de infracción.

En este sentido, la entidad señala que dada la relevancia de la información omitida (particularmente, la identidad del anunciante a quien corresponde cada respuesta), resulta imposible para esta parte analizar las circunstancias concretas de la negociación de la campaña a que iría referida cada una de las respuestas, lo cual limita drásticamente las posibilidades de defensa de MEDIASET. Por ello, solicita el acceso a los citados datos declarados confidenciales por la Dirección de Competencia.

Esta Sala de Competencia no puede estimar esta alegación.

Como ya hemos señalado a lo largo de esta Resolución, la Dirección de Competencia solicitó a las principales agencias de medios en España que facilitaran un listado de sus clientes ordenados en función del volumen de inversión publicitaria televisiva gestionada en 2013. A cada una de las agencias

de medios²⁹ se solicitó que, para un número concreto de anunciantes³⁰, aportaran copia de las primeras y últimas propuestas comerciales de publicidad convencional a coste GRP recibidas de PUBLIESPAÑA, S.A. (PUBLIESPAÑA, filial al 100% de MEDIASET y responsable de la comercialización de la publicidad televisiva de los canales de televisión en abierto) para los meses de noviembre 2012, febrero 2013, junio 2013, noviembre 2013 y febrero 2014.

A partir de la información facilitada, la Dirección de Competencia realizó varios requerimientos de información, con fechas 26 y 28 de marzo, y 9 y 12 de mayo de 2014, a un número de anunciantes a los cuales se les solicitaba aclaraciones sobre el proceso de negociación con PUBLIESPAÑA, tanto sobre cuestiones concretas observadas en las propuestas recibidas de las agencias de medios, como en términos generales sobre su relación con la filial de MEDIASET durante el periodo 2012 a 2014.

Con respecto a las dos primeras solicitudes de información (de fecha 26 y 28 de marzo de 2014), en la medida en que la mayoría de anunciantes habían solicitado la confidencialidad de sus respuestas y la Dirección de Competencia consideró que las respuestas de los anunciantes sobre el proceso de negociación con el operador audiovisual podrían desvelar la estrategia del anunciante en las negociaciones, y que la revelación de esa información a MEDIASET, ligando respuesta e identidad del anunciante, era susceptible de causar un perjuicio a los anunciantes, la Dirección de Competencia decidió elaborar una versión no confidencial conjunta en la que se incorporó las respuestas de los anunciantes consultados, numerados del 1 al 16 para evitar su identificación por parte de MEDIASET. De la misma manera, con respecto al segundo grupo de anunciantes a los que se envió la solicitud de información con fechas 9 y 12 de mayo, la Dirección de Competencia declaró cautelarmente la confidencialidad de todas las respuestas recibidas y elaboró una versión no confidencial con todas las respuestas de los anunciantes consultados, numerados del 17 al 24, para evitar la identificación por parte de MEDIASET.

Posteriormente, mediante acuerdo de fecha 12 de junio de 2014, la Dirección de Competencia decidió levantar cautelarmente la confidencialidad de los datos aportados por el GRUPO VOLKSWAGEN-AUDI ESPAÑA, S.A (GRUPO VAESA).

Las declaraciones de confidencialidad antes citadas quedarían amparadas por el artículo 42 de la LDC, que permite al órgano administrativo en cualquier momento del procedimiento ordenar que se mantengan secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales, siendo, en este caso, la identidad del anunciante un dato que la Dirección de Competencia ha considerado pertinente

²⁹ Fechas de entrada: AEGIS MEDIA IBERIA SLU (14/03/2014 y folios 598 a 770), EQU MEDIA XL (11/03/2014 y folios 520 a 597), GROUPM PUBLICIDAD WORLDWIDE, S.A. (18/03/2014 y folios 1114 a 1334), HAVAS MEDIA GROUP (21/03/2014 y folios 1718 a 1913), MAGNA GLOBAL (10/03/2014 y folios 418 a 519), OMNICOM MEDIA GROUP (14/03/2014 y folios 771 a 1113) y VIVAKI COMMUNICATIONS, S.L.U. (18/03/2014 y folios 1335 a 1717).

³⁰ En función del tamaño de la agencia de medios se solicitó la información para un número determinado de anunciantes, que va desde 5 para la agencia más pequeña (EQU MEDIA) y 13 para la más grande (VIVAKI).

declarar confidencial, sin que MEDIASET haya promovido recurso administrativo alguno contra la citada decisión.

Por otro lado, si bien en derecho interno no existe un desarrollo normativo específico sobre el acceso a los expedientes en los procedimientos de defensa de la competencia, existen normas europeas que fijan los criterios y directrices que la Comisión Europea debe tener en cuenta a la hora de conceder el acceso a los interesados en los expedientes que tramita. En concreto, a los efectos del presente procedimiento, interesa acudir a la ya citada Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE [actualmente artículos 101 y 102 del TFUE], y los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE³¹.

La citada Comunicación señala que tiene la consideración de documentación no accesible por los interesados, i) los documentos internos, que incluyen la correspondencia con otras autoridades públicas, así como la ii) información confidencial, que incluye el secreto comercial de las empresas y otra categoría de información confidencial distinta al secreto empresarial pero cuya divulgación puede suponer un perjuicio significativo a una persona o empresa.

En relación con la categoría “otra información confidencial” las Directrices establecen en el apartado 3.2.2 (párrafo 19), que esta otra categoría de información *“incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. El Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia han reconocido que es legítimo negarse a revelar a tales empresas ciertas cartas procedentes de sus clientes, puesto que su revelación podría exponer fácilmente a los autores al riesgo de medidas de represalia³². Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros terceros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato”*.

Asimismo, la Comunicación establece una serie de criterios que deben tenerse en cuenta para la aceptación de solicitudes de confidencialidad. Así, señala la Comunicación que *“en los procedimientos de conformidad con los artículos 81 y*

³¹ Cfr. SAN de 2 de diciembre de 2011, en el recurso 756/10 promovido BAR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES SL contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 17 de noviembre de 2010 (expediente R/0054/10) sobre confidencialidad de determinada información.

³² Las directrices citan las siguientes Los Tribunales comunitarios se han pronunciado sobre esta cuestión tanto en casos de supuesto abuso de una posición dominante (artículo 82 del Tratado CE) (asunto T 65/89BPB Industries and British Gypsum, Rec. 1993, p. II-389; y asunto C-310/93P, BPB Industries and British Gypsum Rec. 1995, p. I-865), como en casos de concentración (asunto T-221/95 Endemol/Comisión Rec. 1999, p. II-1299, apartado 69, y asunto T-5/02 Laval/Comisión Rec. 2002, p. II- 4381, apartado 98 y ss.).

82 del Tratado [actualmente artículos 101 y 102 del TFUE], el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatorio). En este caso, la necesidad de salvaguardar los derechos de defensa de las partes permitiendo el mayor acceso posible al expediente de la Comisión puede ser superior al interés de proteger la información confidencial de otras partes. La Comisión debe evaluar si estas circunstancias se aplican en una determinada situación. A este efecto, habrá que evaluar todos los elementos pertinentes, incluyendo:

- la importancia de la información a efectos de determinar si efectivamente se ha cometido una infracción y su valor probatorio;*
- si la información es imprescindible;*
- su carácter más o menos delicado (en qué medida su divulgación podría perjudicar los intereses de la empresa o persona en cuestión);*
- la gravedad a primera vista de la presunta infracción”.*

En relación con el presente expediente y, en concreto con la información cuyo acceso se solicita, esto es la identidad de los anunciantes, cabe señalar que la misma cumple con los requisitos y criterios fijados en la Comunicación citada para ser declarada confidencial, ya que se refiere, por un lado, a un dato cuya revelación podría perjudicar las relaciones de los anunciantes con MEDIASET, máxime teniendo en cuenta la estructura duopolista de este mercado, y por otro lado, resulta una información que carece de valor probatorio significativo, ya que la determinación de los hechos han derivado del contenido de las respuestas de los anunciantes y no de su identidad, así como de otra información recabada por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del expediente.

Por tanto, la identidad de los anunciantes encajaría perfectamente en la categoría de información confidencial considerada en las citadas Directrices.

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. En este sentido, al conocer con detalle las afirmaciones de los anunciantes y las propuestas comerciales citadas, MEDIASET ha podido aportar las alegaciones que ha considerado 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 defensa. 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.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la extinta CNC, entre otras Resolución de 20 de febrero de 2014 (Expediente R/0160/13 UDER) *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses” señalando que “la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquélla que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que “no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa” (STC 71/1984, 64/1986).”*

Por otro lado, la Audiencia Nacional, en su sentencia de fecha 5 de noviembre de 2012 (recurso 659/2009), 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, esta Sala considera 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 Dirección de Competencia y, específicamente, a los datos precisos que fundamentan la imputación vertida; y (iii) 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 esta Sala que la solución adoptada por la Dirección de Competencia salvaguarda perfectamente el equilibrio entre el derecho de defensa de MEDIASET y la confidencialidad solicitada por los anunciantes para sus respuestas.

QUINTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO

Como ya se ha señalado a lo largo de esta Resolución, con fecha 28 de octubre de 2010, el Consejo de la extinta CNC resolvió autorizar la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de la SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (CUATRO) por parte de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (actualmente MEDIASET).

A través de la operación de concentración desaparece CUATRO como oferente independiente en el mercado de la publicidad televisiva en España, mercado que se encuentra bastante concentrado y afectado por circunstancias 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.

El riesgo de competencia que genera la desaparición de CUATRO como oferente de publicidad deriva especialmente del poder de mercado que da a TELECINCO la gestión conjunta de la publicidad de los canales de televisión de TELECINCO y CUATRO.

En este sentido, 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 lleguen en un corto espacio de tiempo al público objetivo, en las mismas condiciones de efectividad.

Bajo este escenario, los remedios aprobados en la operación de concentración pretendían garantizar que la nueva estructura de mercado siguiera permitiendo a los anunciantes acceder en condiciones competitivas a una oferta de espacios publicitarios televisivos variada y de calidad, que les permitiera alcanzar lo más rápido posible sus objetivos. Al respecto, lo anterior equivaldría a garantizar que los clientes tengan de facto la posibilidad real de seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante.

Por este motivo, el primer compromiso propuesto por MEDIASET y aceptado por la CNC fue el de no comercializar mediante una misma oferta comercial la publicidad de los dos canales de televisión en abierto de mayor audiencia de entre los que gestiona, con la condición adicional de que la audiencia conjunta de los canales de televisión incluidos en cada paquete comercial no sea superior a 22%. Ello posibilita que los anunciantes puedan seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante, como sucedía con anterioridad a la operación. Asimismo, se limita la dimensión máxima de los paquetes de publicidad televisiva ofertados por MEDIASET, a un nivel que se estima adecuado para evitar que la publicidad televisiva de MEDIASET se convierta en indispensable.

Por otro lado, el compromiso anterior se complementó con el segundo compromiso, de 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, para así impedir que de facto se imponga la contratación conjunta de la publicidad de todos los canales de televisión cuya publicidad gestione MEDIASET. Por ello, especifica este compromiso que, *“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”*.

Como se ha indicado antes, en relación con este compromiso (ii), el Plan de Actuaciones presentado por MEDIASET para la instrumentación de los compromisos, establece que:

“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. TELE CINCO 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”.

Con el citado compromiso, la entidad –obligada por el compromiso (i) a no comercializar en un mismo paquete comercial la publicidad en los dos canales en abierto de mayor audiencia que gestiona, que han sido desde entonces TELE CINCO y CUATRO, - se obligó igualmente a no vincular la comercialización de dichos canales a través de la vinculación de los distintos paquetes o módulos comerciales donde se insertan: respectivamente en los módulos PUBLIESPAÑA TELE CINCO y PUBLIESPAÑA CUATRO

Pese al compromiso de MEDIASET de no llevar a cabo las citadas conductas, dentro del periodo de vigilancia del cumplimiento de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010, la Dirección de Investigación de la CNC concluyó que la entidad había incumplido desde febrero de 2011 varios compromisos, entre ellos, el compromiso (ii), por lo que tras el correspondiente procedimiento sancionador, la CNC sancionó con fecha 6 de febrero de 2013 a MEDIASET con una multa de 15.600.000 de euros.

Ahora, dos años después de aquella sanción, esta Sala vuelve a considerar acreditado que MEDIASET, en el transcurso de las negociaciones con los anunciantes, ha vinculado formalmente y de facto los módulos PUBLIESPAÑA TELE CINCO y PUBLIESPAÑA CUATRO, negociando de manera conjunta ambos

módulos con anunciantes y agencias de medios a través del establecimiento expreso y tácito de una cuota mínima de inversión global, lo que supone, nuevamente, un grave incumplimiento en este caso únicamente del compromiso (ii), y por ende, de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010.

Las conductas han quedado acreditadas desde el 6 de febrero de 2013 hasta, al menos, el 31 de marzo de 2014, y habrían consistido principalmente, en primer lugar, en la inclusión formal de una cuota global mínima de inversión en el grupo de canales MEDIASET en las propuestas comerciales que MEDIASET envió a los anunciantes hasta abril de 2014 y, en segundo lugar, a través de la negociación en base a una cuota tácita mínima global de inversión en el grupo de canales de MEDIASET que evidencia el trasvase de cuotas entre módulos PUBLIESPAÑA hasta el primer trimestre de 2014.

Se ha demostrado en la presente resolución que un número significativo de anunciantes consultados seguían recibiendo hasta el primer trimestre de 2014 propuestas comerciales que incorporaban expresamente un porcentaje mínimo de inversión o de cuota de GRP 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.

Como ya ha tenido la ocasión de pronunciarse la antigua CNC en la resolución de 6 de febrero de 2013 ya citada, *“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”*.

Igualmente ha quedado demostrado que durante las negociaciones entre los anunciantes y PUBLIESPAÑA se realizaron trasvases de puntos porcentuales de cuota entre los módulos PUBLIESPAÑA con el fin de acomodarse en cierta medida a lo deseado por los anunciantes durante las negociaciones, si bien situándose siempre en una situación de *second best* en la medida en que éstos no pueden elegir como punto de partida los canales, módulos y cuotas óptimas para sus intereses.

Estos trasvases de cuota son consecuencia del hecho de que se negocie sobre unos porcentajes de cuota global de inversión para el grupo, por lo que los anunciantes negocian reduciendo cuota en un módulo y aumentando en otro para tratar de equilibrar precios con sus objetivos para sus campañas.

La negociación de ambas cadenas se ha desarrollado, nuevamente, de manera conjunta, y entre la primera oferta y la última se constatan trasvases de cuota de uno a otro módulo, 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.

Estos hechos, que por sí mismos ya tienen una entidad suficiente como para considerarse incumplido el compromiso (ii), adquieren todavía mayor relevancia al ponerlos en relación con otros hechos relacionados con el desarrollo de políticas comerciales que suponen o coadyuvan a la venta vinculada tácita de los módulos PUBLIESPAÑA, provocado por la propia MEDIASET a la hora de negociar sus condiciones comerciales.

En este sentido, consta igualmente acreditado que MEDIASET desarrolla una política comercial que propicia la existencia de condiciones de negociación con los anunciantes favorables al incumplimiento del compromiso de no vincular los principales canales de grupo, TELECINCO y CUATRO, a la hora de negociar sus condiciones comerciales.

Por un lado, se ha constatado que la negociación de los módulos PUBLIESPAÑA se realiza en la mayor parte de las ocasiones a través de un mismo ejecutivo de ventas de la filial de MEDIASET, que envía en algunos casos directamente al anunciante las condiciones de venta de ambos módulos en una misma propuesta comercial, lo que dificulta que en las negociaciones entre PUBLIESPAÑA y los anunciantes se puedan percibir una distinción nítida entre ambos módulos publicitarios. El hecho de que una misma persona negocie simultáneamente las condiciones de ambos módulos cuanto menos favorece que se produzca una negociación conjunta de la publicidad televisiva de los canales de TELECINCO y CUATRO y que se produzca una vinculación de facto de los módulos comerciales que contienen ambos canales.

Por otro lado, PUBLIESPAÑA ha negociado hasta 2014 el cobro de las extraprimas con las agencias de medios en base a unos objetivos de inversión mínima o cuota de GRP que incluyen ambos canales TELECINCO y CUATRO lo que constituye también un elemento inserto en una política comercial de vinculación. Así, en la medida en que los anunciantes casi nunca adquieren el producto directamente de las televisiones, sino que operan vía las agencias de medios, una vía, en este caso indirecta, a través de la cual MEDIASET habría estado induciendo a que se negocien simultáneamente de ambos canales, sería mediante el modelo de retribución condicionada a las agencias de medios.

Las agencias de medios obtienen de las televisiones unos descuentos por volúmenes (rappels o extraprimas) que luego trasladan en parte al anunciante, en base a unas condiciones acordadas previamente con los anunciantes. En este sentido, ha quedado acreditado que la cuota mínima de inversión establecida por MEDIASET, durante el periodo 2012-2013, hace referencia al conjunto de los canales gestionados por dichos operadores, es decir, que no establece condiciones diferentes para los módulos Telecinco y Cuatro. De lo anterior se deduce que, hasta marzo de 2014, las agencias de medios, a la hora de negociar las condiciones de comercialización de la publicidad de MEDIASET con los

anunciantes, tenían en cuenta un modelo de retribución basado en unos objetivos de inversión que abarcaba el conjunto de canales de MEDIASET.

Todas estas circunstancias, explicarían también el cambio de tendencia de la inversión publicitaria realizada en los canales de MEDIASET hacia una vinculación de ambos canales, si tenemos en cuenta que los módulos multicanal de MEDIASET aumentan hasta el 82% como consecuencia de la fuerte caída de ventas del módulo monocadena, y como va aumentando el porcentaje de ingresos invertidos en la adquisición simultánea de ambos módulos, hasta alcanzar el 78% del total invertido en MEDIASET (85% si no se tiene en cuenta la inversión en Boing) en el primer semestre 2013 para caer posteriormente.

Hay que tener en cuenta de partida, con una aproximación global a la conducta de MEDIASET, que todos los aspectos analizados por la Dirección de Competencia (propuestas comerciales, sistema de incentivos de las agencias, asignación de tareas a los ejecutivos de ventas etc.) son, según considera esta Sala, elementos esenciales de la política comercial desarrollada por MEDIASET que reflejan su posicionamiento en cuanto a objetivos, precios, asignación de tareas a los equipos comerciales para su cumplimiento y planteamiento de las negociaciones para la venta de los espacios publicitarios de sus cadenas. La estrategia de política comercial desarrollada por MEDIASET incluye todos estos aspectos y no sólo el momento concreto de las negociaciones. Por ello, los resultados de estas negociaciones entre MEDIASET y las agencias de medios y los anunciantes, aunque en las mismas confluyan también las demandas de éstos últimos, necesariamente estarán influenciados por los anteriores elementos. Y ello es aún más relevante en un mercado con una estructura en la que los dos principales operadores detentan un importante poder de mercado. Por ello, un análisis adecuado del cumplimiento de los compromisos de la operación de TELECINCO-CUATRO no puede obviar el análisis de todos estos aspectos y el sistema de incentivos que generan en las negociaciones cuyo resultado condicionan sin duda en términos de opciones y precios.

Por ello, habiéndose acreditado -como se ha ya se ha observado- elementos que suponen el desarrollo de una política comercial que vincula los diferentes módulos formalmente o de facto (propuestas comerciales, trasvase de cuotas), es una aproximación prudente considerar, como hace la Dirección de Competencia, que otros elementos también relevantes de la política comercial de MEDIASET (sistemas de incentivos a las agencias, mismos equipos comerciales y ejecutivos de ventas) cuanto menos favorecen la vinculación.

En definitiva, la vinculación, de facto, se ha producido. Las declaraciones de un número significativo de anunciantes con elevadas inversiones publicitarias, los correos electrónicos incorporados por la Dirección de Competencia, así como la información recabada de MEDIASET, acreditan que, al menos, varios anunciantes no tuvieron la libertad necesaria para distribuir su inversión como estimase oportuna, 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.

Todos estos elementos citados, llevan a esta Sala a considerar que MEDIASET ha cometido una infracción muy grave del artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en el incumplimiento del resuelve primero y cuarto de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010 (C/0230/10), al haber incumplido, a su vez, el compromiso (ii) presentado por MEDIASET y aprobado por la CNC, consistente en 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 canales TELECINCO y CUATRO.

SEXTO.- CÁLCULO DE LA SANCIÓN

6.1.- Responsabilidad de MEDIASET.

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.

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

Considerando todos los hechos que concurren en este caso, 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 de la Resolución que regulaba las condiciones de dicha autorización.

En este caso, esta Sala no alberga dudas de la concurrencia del elemento volitivo de la conducta por parte de MEDIASET, puesto que conoce perfectamente el contenido del compromiso propuesto por ella y aprobado en la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010, que además consta desarrollado en el propio Plan de Actuaciones presentado por la entidad con fecha el 31 de enero de 2011, por lo que difícilmente puede considerarse el desconocimiento del compromiso y de la Resolución que lo aprueba. Cabe añadir, además, que MEDIASET ya ha sido

sancionada anteriormente por unos hechos similares a los que se sanciona ahora, si tenemos en cuenta que la Resolución de fecha 6 de febrero de 2013, continuamente citada en esta Resolución, sancionó a MEDIASET por el incumplimiento de varios de los compromisos propuestos para la autorización de la operación de concentración con CUATRO, entre ellos el compromiso (ii), incumpliendo así la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010.

Como ha señalado el Tribunal Supremo³³, la existencia de resoluciones recaídas en asuntos anteriores similares, en este caso, diríamos que prácticamente idénticos, excluye la posibilidad de considerar que la empresa responsable pueda desconocer la antijuridicidad de su conducta y las consecuencias que se derivan de ella.

No cabe, por tanto, considerar el desconocimiento por parte de MEDIASET de la de la antijuridicidad de la conducta y de las consecuencias del incumplimiento del compromiso (ii) y de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010, lo que conlleva a considerar la existencia de dolo en su actuación.

6.2.- Criterios para la determinación de la multa y ley aplicable.

El artículo 62.4.c) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan 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.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015

³³ Fundamento Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1995 (recurso 160/1990).

(Recurso 2872/2013)³⁴, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”* y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción”*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.
- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las*

³⁴ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.” Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

6.3. Elementos de graduación conducentes a concretar la escala de sanción.

Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014.

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Supremo, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje *“marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica”*. Siendo ello así, el 10% debe reservarse como *“respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría”*.

La operación de concentración analizada en su momento suponía un 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 resultarían 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. Esto implica el resultado de dejar, al menos parcialmente, ineficaz la propia resolución de fecha 28 de octubre de 2010, cuya aprobación venía condicionada al cumplimiento de los compromisos propuestos por MEDIASET.

En este sentido, como ya hemos señalado, el riesgo de competencia que genera la desaparición de CUATRO como oferente de publicidad deriva del poder de mercado que da a TELECINCO la gestión conjunta de la publicidad de los canales de televisión de TELECINCO y CUATRO. Así, 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 lleguen en un corto espacio de tiempo al público objetivo, en las mismas condiciones de efectividad.

Precisamente por ello, los remedios aprobados en la operación de concentración fueron encaminados a garantizar que la nueva estructura de mercado siga

permitiendo a los anunciantes acceder en condiciones competitivas a una oferta de espacios publicitarios televisivos variada y de calidad, que les permita alcanzar lo más rápido posible sus objetivos. Al respecto, lo anterior equivaldría a garantizar que los clientes tengan de facto la posibilidad real de seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante.

Por tanto, con el incumplimiento de la Resolución, en este caso del compromiso (ii), se pierde la eficacia de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2010, y los efectos positivos para la competencia que la misma pretende desplegar en relación con este compromiso.

En lo que se refiere al plazo de duración de la conducta, ha quedado acreditado que MEDIASET habría incurrido en el incumplimiento del compromiso (ii) de forma reiterada desde el 6 de febrero de 2013 (fecha de la última Resolución del Consejo de la extinta CNC) hasta el 31 de marzo de 2014³⁵.

Otras de las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta a la hora de calcular el importe de la sanción, es el hecho de que MEDIASET ha reiterado en el incumplimiento de lo dispuesto en el dispositivo primero y cuarto de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, en relación con el cumplimiento del compromiso (ii) presentado por MEDIASET el 19 de octubre de 2010.

En efecto, MEDIASET ya ha sido sancionado por los mismos hechos, si bien en periodo distinto, a los acreditados ahora mediante Resolución del Consejo de la extinta CNC de fecha 6 de febrero de 2013. En la mencionada Resolución de 6 de febrero de 2013, además del referido incumplimiento, se acreditó el incumplimiento de otros compromisos y de las obligaciones de información establecidas en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011. Sin embargo, en el presente caso solo se ha acreditado el incumplimiento del compromiso (ii).

Finalmente, MEDIASET solicita que sean tenidas en cuenta a los efectos del cálculo de la sanción las medidas que ha adoptado relativas a la supresión de cuota global en propuestas comerciales, programa de cumplimiento, cambios en el modelo de retribución a las agencias y separación de equipos comerciales, lo que, a juicio de MEDIASET, son una muestra de su buena fe.

Teniendo en cuenta el ámbito temporal de análisis de las conductas objeto de esta Resolución, esta Sala únicamente tendrá en cuenta el hecho de que PUBLIESPAÑA haya modificado los acuerdos con todas las agencias de medios para formalizar el cobro de las extraprimas en virtud de una cuota mínima de inversión a alcanzar en cada uno de los módulos Publiespaña.

³⁵ Según consta en el apartado 2.3.4 letra a) de los hechos acreditados, MEDIASET reconoce que hasta el 31 de marzo de 2014 la cuota de inversión publicitaria en el total de los canales de MEDIASET es un elemento relevante en la negociación del espacio publicitario, por lo que la conducta debe atribuirse, al menos, hasta esa fecha.

Esta Sala, en línea con los argumentos expuestos en la presente resolución, acoge favorablemente las medidas reparadoras adoptadas por MEDIASET y, en particular, en relación con el planteamiento de las negociaciones de los espacios publicitarios con sus clientes mediante la adopción de propuestas comerciales con cuotas mínimas separadas para los diferentes módulos desde marzo de 2014, y en relación con la organización interna de los equipos comerciales asignados a los diferentes módulos mediante su separación desde julio de 2015.

Hay que tener en cuenta sin embargo que, a pesar de haber sido tales medidas adoptadas durante la instrucción del presente sancionador, lo que refleja formalmente la voluntad cumplidora de la empresa, las mismas se ponen en marcha en un período de tiempo posterior al que se analiza y valora en la presente resolución. Por ello, el efecto real de tales medidas en las propias negociaciones a efectos del cumplimiento de los compromisos asumidos con la operación de concentración sólo podrá valorarse tras la necesaria instrucción de vigilancia por parte de la Dirección de Competencia del período que resta hasta el final de la vigencia de los compromisos.

No obstante, en el presente expediente y por el momento de su adopción, esta Sala considerará como elemento moderador de la sanción el hecho de que PUBLIESPAÑA haya modificado los acuerdos con todas las agencias de medios para formalizar el cobro de las extraprimas en virtud de una cuota mínima de inversión a alcanzar en cada uno de los módulos, si bien ello es sin perjuicio de que la Dirección de Competencia continúe vigilando el correcto cumplimiento de los nuevos contratos y, en definitiva, el cumplimiento de los compromisos asumidos por MEDIASET.

Teniendo en cuenta todos los elementos de graduación de la sanción citados, esta Sala ha acordado imponer a MEDIASET una sanción por importe de 3.000.000 de euros, que supone un 0,33% de su volumen de negocios correspondiente al año 2014, que ascendió a 902.316.000 de euros³⁶.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditado el incumplimiento del Resuelve Primero y Cuarto de la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de fecha 28 de octubre de 2010, en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, 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.

³⁶ Cifra aportada por MEDIASET en su escrito de alegaciones de fecha 21 de abril de 2015 (página 20).

SEGUNDO.- Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. una sanción de tres millones de euros (3.000.000 €), de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución y prosiga la vigilancia del expediente VC/0230/10 TELE CINCO/CUATRO.

CUARTO.- Declarar confidenciales los anexos que acompañan al escrito de alegaciones presentado por MEDIASET con fecha 14 de agosto de 2015.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.