

## **RESOLUCIÓN (Exptes. R 291/98 y R 292/98 TV Autonómicas)**

### **PLENO**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 12 de junio de 1998

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en los expedientes acumulados R 291/98 y R 292/98 (813/92 y 816/92 acumulados del Servicio de Defensa de la Competencia) incoados para resolver los recursos interpuestos por Antena 3 de Televisión S.A. y Gestevisión Telecinco S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 29 de enero de 1998, por el que se sobreseyeron los expedientes incoados como consecuencia de sus denuncias contra TV Autónoma de Madrid S.A., Euskal Telebista S.A., TV Cataluña, TV de Galicia S.A., Canal Sur de TV, TV Autónoma Valenciana S.A. y Federación de Organismos de Radio Televisión Autonómicos (FORTA).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 13 de febrero de 1992 tiene entrada en el Ministerio de Economía y Hacienda un escrito de D. Manuel Martín Ferrand, actuando en nombre de Antena 3 de Televisión S.A., en el que denuncia por prácticas de los Arts. 1, 6 y 7 LDC a TV Autónoma de Madrid S.A., Euskal Telebista S.A., TV Cataluña, TV de Galicia S.A., Canal Sur de TV y TV Autónoma Valenciana S.A..

Manifiesta que las denunciadas tienen una posición dominante, derivada de las subvenciones que reciben, de la que abusan de dos modos: pagando precios no competitivos por los programas que compran y vendiendo a precios no competitivos sus espacios publicitarios; aparte de otras actividades que realizan en contra de su específica regulación legal.

2. El 11 de marzo de 1992 el Servicio incoa expediente a instancia de parte

interesada.

3. El 16 de octubre de 1992 se acumula a este expediente otro -Nº 816- incoado como consecuencia de la denuncia de Gestevisión Telecinco S.A. contra las mismas denunciadas, más la Federación de Organismos de Radio Televisión Autonómicos (FORTA), y por similares hechos.
4. Tras la instrucción que estimó oportuna, el instructor formula propuesta de sobreseimiento que, aceptada, da lugar al Acuerdo del Director General de fecha 22 de junio de 1995.
5. El Acuerdo es recurrido por los dos denunciantes ante el Tribunal (Expte. R 130/95), quien los estima parcialmente por Resolución de 12 de diciembre de 1995, interesando del Servicio que complete la instrucción y, a la vista de sus resultados, adopte la decisión prevista en el Art. 37 LDC.
6. La nueva instrucción del Servicio concluye con la formulación de un pliego de cargos y un acuerdo de sobreseimiento parcial de 29 de enero de 1998. En este último se dice que :

*"procede el sobreseimiento parcial de la denuncia por abuso de posición de dominio derivado, en primer lugar, de la existencia de financiación mixta - financiación pública y publicidad-, por existir una competencia efectiva y porque **las televisiones autonómicas** mantienen unos índices de audiencia y de cuotas de mercado muy por debajo de las denunciantes **Antena 3 y Telecinco** sin que, a pesar de contar con recursos financieros extraordinarios, se sitúen, ni por separado ni conjuntamente, en posición de dominio y, en segundo lugar, de la existencia de "desbordamientos", por no ser posible restringirlos ni determinar sus efectos sobre las condiciones de competencia en el mercado".*

7. El sobreseimiento es recurrido por Antena 3 y Telecinco. Tras motivar Antena 3, en escrito posterior, su recurso, el Servicio informa reiterando la decisión recurrida. En las alegaciones posteriores las recurrentes mantienen su petición de que el Acuerdo de sobreseimiento sea revocado y las denunciadas se adhieren al sobreseimiento pidiendo que sea mantenido.
8. Son interesados :
  - Antena 3 de Televisión S.A.
  - Gestevisión Telecinco S.A.
  - TV Autonómica de Madrid S.A.
  - Euskal Telebista S.A.
  - TV Cataluña

- TV de Galicia S.A.
- Canal Sur de TV
- TV Autonómica Valenciana S.A.
- Federación de Organismos de Radio Televisión Autonómicos (FORTA)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Para decidir si se ha producido un abuso de posición dominante (Art. 6 LDC) por parte de las TV autonómicas -que es la acusación sobreseida- debe comenzarse por definir el mercado relevante, geográfico y de producto, y demostrar que las denunciadas gozan en él de una posición de dominio, requisito previo para que exista el abuso.

El Servicio ha delimitado dos mercados : "la audiencia de servicios de televisión en la zona geográfica de cada TV autonómica y el de la publicidad televisiva". En el primer mercado -el de la audiencia- el Servicio fija la cuota en el ámbito estatal de todas las TV como grupo; la cuota de cada TV autonómica en el mismo ámbito; y la cuota de cada TV autonómica en su comunidad.

De estos datos extrae la consecuencia de que las TV autonómicas " *tienen, en su ámbito de cobertura, una cuota de pantalla respetable en relación con el resto de las televisiones. En principio, las cuotas de audiencia no hacen pensar en una posición dominante, aunque, como consecuencia de su disponibilidad de recursos financieros ajenos a la publicidad, las cuotas de audiencia alcanzadas se consideran suficientes como para poder definir sus tarifas de publicidad con independencia de las que practiquen sus competidores. Desde un punto de vista económico, las televisiones autonómicas pueden comportarse como lo haría una empresa en posición de dominio tratando de establecer las tarifas que les permitan obtener ingresos máximos, sin tener necesidad de alinearse con las que practiquen sus competidores. Sin embargo, ello no asegura que logren una cuota de ingresos por publicidad superior a la de su audiencia*".

A continuación examina el Servicio la inversión publicitaria en las distintas cadenas, en su conjunto e individualmente, la compara con los respectivos índices de audiencia y estima que " *aunque sea patente que la financiación mixta otorga a las **televisiones autonómicas** una posición de independencia en el mercado de la publicidad, es obvio que no han logrado abusar de la misma captando cuotas superiores a las que les corresponden con arreglo a su audiencia*".

Más adelante, en la "valoración jurídica", concluirá el Servicio que "ha

*quedado patente que las televisiones autonómicas no gozan de posición de dominio en el mercado español. Las variaciones de los índices de audiencia, únicas posibilidades de medición factibles, se producen año tras año, mes a mes, día a día y programa a programa, e incluso durante la emisión de un determinado programa existen y se contabilizan momentos de mayor y menor audiencia. Ninguna de las televisiones autonómicas ha conseguido ser líder, por separado, en cada uno de sus respectivos territorios y, en su conjunto, en el ámbito nacional, sólo han superado en sus índices a **TVE-2** y al **Canal Plus**".*

2. Las recurrentes objetan que la delimitación del mercado es incompleta porque deberían haberse determinado en cada comunidad también las cuotas de audiencia de las demás TV, además de la correspondiente a la TV autonómica que emite en ella; y que es errónea porque los mercados relevantes, en los que se produce el abuso, son el mercado de la publicidad, en el que las TV autonómicas ofrecen menores precios, y el de los derechos de emisión de las películas y demás materiales de titularidad ajena con que se confecciona la programación, en el que las TV autonómicas ofrecen mayores precios.

Es cierto, estima el Tribunal, que la audiencia por la que compiten las televisiones no delimita, por sí misma, un mercado. En las TV que emiten en abierto los usuarios de la televisión no pagan por el servicio que reciben; y la mayor o menor utilización que hagan del servicio no aumenta o disminuye los costes de la emisión. Sin embargo, el volumen y cualificación de la audiencia conseguida son datos que servirán a las TV para definir la oferta de sus espacios de publicidad, que constituye el producto que venden las TV abiertas y que es su más importante fuente de ingresos. Este sería propiamente el mercado relevante, en el que compiten, como oferentes, las diversas TV cuyas emisiones son captadas por una misma audiencia; y, como demandantes, las agencias de publicidad, los anunciantes y los demás adquirentes de los espacios publicitarios que se ofrecen.

Esta primera delimitación del mercado es, sin embargo, insuficiente. El mercado de la publicidad televisiva no es homogéneo: lo que se contrata son espacios determinados de publicidad en programas o en momentos concretos, porque no todos los programas ni todos los tiempos de emisión tienen la misma audiencia cuantitativa y cualitativa. El análisis del mercado exigiría subdistinguir entre los distintos programas para ver cómo se configura la oferta publicitaria de cada TV y como concurren las diversas cadenas. Y lo mismo cabe decir del otro mercado relevante, el de los derechos de retransmisión por los que compiten las cadenas, mercado que en alguna ocasión ha estudiado el Tribunal.

El Servicio no ha efectuado los análisis indicados. Parece aceptar que la

financiación pública otorga una posición de dominio a las TV autonómicas de la que, sin embargo, no han abusado. Aunque en la "valoración jurídica" de los hechos probados estima, con mayor exactitud, que la posición de dominio es inexistente. Los recurrentes, por su parte, dan por supuesta la existencia de la afirmada posición de dominio, y no han llegado a efectuar los análisis indicados; ni siquiera han proporcionado datos indiciarios de la actuación de las TV autonómicas. Dan por supuesta la posición de dominio de las TV denunciadas porque entienden que una financiación pública no vinculada a objetivos concretos -como resulta ser la que reciben las TV autonómicas- concede sin más una posición de dominio en los dos mercados relevantes al permitir ofrecer, afirman, precios más altos por sus compras y precios más bajos por sus ventas.

Es de observar que las subvenciones, lo mismo que la capacidad económica o las reservas financieras, pueden facilitar el que se llegue a alcanzar una posición de dominio en un determinado mercado; pero por sí mismas no atribuyen una especie de potencial o abstracta posición de dominio que permita sin más examinar ex Art. 6 LDC la conducta de quien disfruta de aquellas circunstancias. Los recurrentes deberían haber aportado al menos algún indicio de que las denunciadas habrían alcanzado tal situación, lo que hubiera permitido continuar la instrucción. Su pretensión de que el Servicio "continúe la instrucción identificando los comportamientos de las TV autonómicas que resultan contrarios al ordenamiento al efectuarlos con la ayuda de la ventaja competitiva que les otorga tener una financiación pública privilegiada y determinando qué preceptos jurídicos resultan vulnerados" no es atendible.

En suma, en defecto de otros datos, los obtenidos por el Servicio son suficientes para estimar que la posición de dominio no se ha conseguido y, por tanto, que el sobreseimiento por abuso de posición de dominio que ha decidido el Servicio está suficientemente justificado.

2. Las recurrentes habían denunciado que las TV autonómicas, que tienen limitado por Ley el ámbito territorial para el que pueden emitir, emiten de hecho a territorios más extensos, consiguiendo así una audiencia complementaria que es computada a la hora de valorar sus ofertas publicitarias. El Servicio solicitó informe de Retevisión, que manifiesta que los llamados desbordamientos de las emisiones son inevitables técnicamente y no imputables a las TV autonómicas dada la idoneidad de los emplazamientos y la potencia de las emisoras utilizadas.

Para las recurrentes debería haberse solicitado la pericia de un experto independiente en lugar de Retevisión, cuyo informe no comparten. Pero ni razonan la tacha de falta de independencia de Retevisión ni en el curso de la

instrucción del expediente han propuesto otra prueba sustitutoria o complementaria de la que ahora rechazan.

3. Alegan también los recurrentes que las subvenciones son ilegales desde el punto de vista del Tratado de Roma; e injustas, porque sin ellas las TV autonómicas estarían en quiebra; extremos ambos que debería haber investigado el Servicio. No es, sin embargo, competencia del Tribunal determinar la "ilegalidad" de las subvenciones a la vista de los Arts. 92 y 93 del Tratado de Roma -infracción que permitiría, según las denunciante, el recurso al Art. 7 LDC- ni investigar la función de las subvenciones en el balance de quien las recibe. En virtud del Art. 19 LDC *"el Tribunal tiene vedado conocer de las ayudas públicas e, incluso, solicitar información sobre ellas de las Administraciones Públicas y de las empresas; únicamente puede, y eso cuando se lo pida el Ministro de Economía y Hacienda, emitir informe y, para ello, solicitar información"* (Resolución de 26 de junio de 1995, Exp. r 107/95).. Como en este caso el Tribunal no ha recibido la petición del Ministro, queda fuera de su competencia hacer ningún tipo de evaluación sobre la legalidad o la justicia de las subvenciones que perciben las TV autonómicas.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir que es cierto que las subvenciones y las ayudas públicas que se otorgan sólo a algunos competidores colocan a los demás en una situación de desigualdad competitiva. Por eso las prohíbe o condiciona el Tratado de Roma. Pero este efecto debe combatirse pidiendo a los poderes públicos la supresión o modificación de las ayudas, que es lo que, previa petición del Ministro de Economía y Hacienda, puede hacer el Tribunal (Art. 19 LDC). En su defecto, el Tribunal examinará si se ha conseguido, con o sin ayudas, una posición de dominio en un determinado mercado y ha habido un abuso de la misma. Lo que en este caso no se ha demostrado.

4. Los recurrentes habían denunciado por último que la Administración favorecía a las TV autonómicas en el reparto de la publicidad institucional. El Servicio ha investigado la inversión estatal en publicidad relacionándola con los índices de audiencia de cada cadena llegando a la conclusión de que el reparto beneficia a TVE mientras que las TV autonómicas denunciadas reciben una cantidad del presupuesto de las campañas publicitarias estatales menor que la que les correspondería atendiendo a su cuota de audiencia.

Con independencia de este hecho, es de advertir que la contratación por la Administración de la publicidad televisada constituye un supuesto de contratación administrativa cuya supuesta irregularidad, en su caso, habrá de impugnarse por los medios que prevé la legislación administrativa sobre la materia.

5. Por las razones expuestas procede desestimar los recursos y confirmar el sobreseimiento parcial decretado por el Servicio; sobreseimiento que se limita exclusivamente a la acusación a que se refiere, dejando imprejuzgados los demás extremos sobre los que la instrucción continúa.

Por todo ello el Tribunal

## **RESUELVE**

Desestimar los recursos de Antena 3 de Televisión S.A. y Gestevisión Telecinco S.A. deducidos contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 29 de enero de 1998, de sobreseimiento parcial de su denuncia contra las TV autonómicas y de FORTA, Acuerdo que queda confirmado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.