

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA
(Expte. VC/0432/12 ANTENA 3/ LA SEXTA)

CONSEJO. 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 30 de julio de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VC/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 13 de julio de 2012 y del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 (Expediente C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA), de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 15 de marzo de 2012 fue notificada a la antigua Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por parte de ANTENA 3 DE TELEVISION, S.A. (ANTENA 3), la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de la citada ANTENA 3 del control exclusivo de GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A. (LA SEXTA), mediante la compraventa del 100% de su capital social.
2. Mediante Resolución de 13 de julio de 2012, el Consejo de la extinta CNC autorizó la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, por la que ANTENA 3 (actualmente Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A.; ATRESMEDIA) adquiriría el control exclusivo de LA SEXTA, sometida al cumplimiento de determinadas condiciones.
3. Con fecha 24 de agosto de 2012, el Consejo de Ministros acordó autorizar la citada operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA,

modificando parcialmente las condiciones establecidas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 13 de julio de 2012. Asimismo, el acuerdo determinó que, de conformidad con el artículo 41.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), correspondía a la CNC (actualmente CNMC) la vigilancia de las condiciones impuestas.

4. En virtud de lo establecido en el citado artículo 41 de la LDC y con objeto de garantizar el cumplimiento por parte de ATRESMEDIA de la anterior Resolución, la extinta Dirección de Investigación (actual Dirección de Competencia, DC) abrió el expediente de vigilancia VC/0432/12.
5. En el marco del citado expediente VC/0432/12, con fecha 6 de febrero de 2015, la DC remitió al Consejo de la CNMC Informe Parcial de Vigilancia en relación al cumplimiento de las condiciones impuestas en el expediente C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA.
6. Con fecha 16 de febrero de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de ATRESMEDIA en el que solicitaba a la DC la dispensa de la obligación del apartado a) de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros, basándose en lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre de 2014 (folios 9192 a 9209).
7. Con fecha 6 de mayo de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolvió declarar la existencia de indicios de incumplimiento de la condición primera y evidencias de incumplimiento de las condiciones tercera y cuarta por parte de ATRESMEDIA así como interesar de la DC la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos descritos.
8. Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la CNMC el 14 de mayo de 2015, ATRESMEDIA solicitó la confidencialidad de determinados aspectos de la Resolución de 6 de mayo de 2015 con vistas a su publicación, en virtud de lo establecido en el artículo 42 de la LDC. La Sala de Competencia deliberó y fallo el asunto en su reunión de 29 de mayo de 2015, estimando parcialmente la petición de confidencialidad realizada por ATRESMEDIA.
9. Con fecha 26 de mayo de 2015, se notificó a ATRESMEDIA la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de 22 de mayo de 2015, en relación con la solicitud de 16 de febrero de 2015 de modificación y posible prórroga de las condiciones a las que se subordinó la operación de concentración de referencia, al objeto de que pudiera formular las alegaciones pertinentes.
10. Con fecha 22 de junio de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de ATRESMEDIA en el cual solicita la práctica de pruebas (folios 10287 a 10367).
11. Con fecha 15 de julio de 2015, la DC elevó al Consejo su Informe Parcial de Vigilancia del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.
12. La Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC informó con fecha 30 de julio de 2015.

13. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 30 de julio de 2015.
14. Es interesado ATRESMEDIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“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 la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Con respecto a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos, el artículo 41 de la LDC establece que, *“1. La Comisión Nacional de Competencia [actualmente CNMC] vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*.

Las labores de vigilancia las regula la LDC en su artículo 35, que establece entre las funciones de la ahora Dirección de Competencia, la de *“c) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.”*

Entre las funciones del Consejo, el artículo 34.1.e) de la LDC establece, a propuesta de la actual DC, la de *“resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones”*.

Asimismo, el artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la LDC, reitera en su apartado 3 que el Consejo de la actual CNMC resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia previa propuesta de la DC.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 13/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y con el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por RD 657/2013, de 30 de agosto, la competencia para

resolver el presente procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo con informe de la Sala de Supervisión Regulatoria.

SEGUNDO.- Objeto de la Resolución

La Sala de Competencia debe pronunciarse en este expediente de vigilancia sobre si, como propone la DC, deben prorrogarse por un período de dos años las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración ANTENA 3/LA SEXTA, expediente C/0432/12, en los mismos términos en que fueron aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

Asimismo, la Sala debe pronunciarse sobre la solicitud de ATRESMEDIA relativa a la dispensa del cumplimiento de la obligación contenida en el apartado a) de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros.

TERCERO.- Valoración jurídica del órgano instructor

La DC notificó a ATRESMEDIA su Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de 22 de mayo de 2015. En dicho Informe el órgano de vigilancia proponía al Consejo de la CNMC la adopción de las siguientes medidas:

“- la prórroga íntegra por un periodo de dos años de las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración ANTENA3/LA SEXTA.

- la denegación de la solicitud de la dispensa del cumplimiento de la obligación contenida en el apartado a) de la condición tercera impuesta a ATRESMEDIA.”

Tras la recepción de las alegaciones presentadas el 22 de junio por ATRESMEDIA y el análisis de las mismas, la DC mantuvo las conclusiones expuestas basándose en las razones que se exponen a continuación.

De este modo, en su Informe Parcial de Vigilancia, de 15 de julio de 2015, considera que *“deben prorrogarse durante dos años las condiciones en los mismos términos que fueron aprobadas en Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012”*, dado que la situación competitiva en el mercado de publicidad televisiva no ha mejorado y, en consecuencia, los efectos restrictivos sobre la competencia en los mercados de adquisición de contenidos no han desaparecido.

En relación con que la situación competitiva del mercado de publicidad en televisión no ha mejorado desde la autorización de la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, la DC considera acreditado que la extensión de la pauta única a los canales de la SEXTA junto a las políticas comerciales de

empaquetamiento de canales y fórmulas de negociación de precios ha empeorado la presión competitiva en este mercado. No obstante, no aprecia modificaciones en el resto de factores que determinan la competencia en dicho mercado (como la presencia marginal de RTVE, la crisis presupuestaria que afecta a las televisiones autonómicas y que limita las presiones competitivas que pudieran ejercer, y la transparencia del mercado).

Por otro lado, el órgano de vigilancia estima igualmente acreditado que la reducción en el número de canales emitidos por ATRESMEDIA no ha influido en sus ratios de audiencia e inversión publicitaria. Asimismo, observa que los riesgos de efectos restrictivos sobre la competencia en los mercados de televisión en abierto y adquisición de contenidos no han desaparecido, entre otras razones, porque la competencia en los mismos viene determinada por la situación competitiva del mercado de publicidad en televisión. Añade que dadas las distintas ventanas adquiridas por las televisiones en abierto y de pago y el lento desarrollo de los operadores OTT, la presión competitiva ejercida por estos operadores como demandantes de contenidos audiovisuales sobre los operadores de televisión en abierto no es lo suficientemente fuerte como para disciplinar el comportamiento de éstos últimos.

La DC considera, igualmente, que no puede ser aceptada ni una prórroga parcial de las condiciones ni una prórroga limitada al tiempo restante de aplicación de los compromisos de MEDIASET. Con respecto a la prórroga parcial, entiende que la efectividad de las condiciones sólo es posible si se aplican en conjunto. Mientras que en relación con la prórroga limitada estima que ATRESMEDIA no ha demostrado que la permanencia de las condiciones en el mercado de adquisición de contenidos más allá del plazo aplicable a MEDIASET pueda generarle incapacidad para competir en dicho mercado y que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 no contempló la simetría total en el tiempo de aplicación de las condiciones en la medida en que previó la prórroga de las mismas.

Por último, en relación con la solicitud de la dispensa del cumplimiento de la obligación contenida en el apartado a) de la condición tercera impuesta a ATRESMEDIA, la DC considera que debe de ser denegada en la medida en que dicha dispensa debe apoyarse en la modificación sustancial de las condiciones de competencia, lo que indica que no ha tenido lugar.

CUARTO.- Sobre las alegaciones de ATRESMEDIA a la propuesta de informe parcial de vigilancia y su valoración por la Dirección de Competencia

Con fecha 22 de junio de 2015, ATRESMEDIA presentó alegaciones a la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, tanto en lo relacionado con la prórroga de las condiciones impuestas a ATRESMEDIA, como en lo relativo a la solicitud

de dispensa del plazo que afecta a la puesta a disposición de los contenidos audiovisuales adquiridos a terceros (folios 10264 a 10349).

4.1 En relación con la prórroga de las condiciones

En su escrito de alegaciones, ATRESMEDIA considera que, en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Ministros en su Acuerdo de 24 de agosto de 2012, la prórroga de las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración ANTENA3/LA SEXTA únicamente debe ser contemplada en el supuesto de que se produzca una modificación de la situación competitiva de los mercados afectados por la operación de concentración, hecho que no ha sido acreditado por la CNMC en su propuesta de informe parcial de vigilancia.

Asimismo, invoca el carácter excepcional que dicho Acuerdo otorgó a una posible prórroga de las condiciones, como consecuencia del principio de simetría en el tratamiento de MEDIASET y ATRESMEDIA sobre el que se asienta.

En consecuencia, a juicio de ATRESMEDIA, la prórroga de las condiciones supone una restricción a la libertad de empresa injustificada y desproporcionada a tenor de lo señalado por la doctrina del Tribunal Supremo, expresada en la Sentencia de 2 de abril de 2002 (Recurso núm. 1585/2000 Prosegur/Blindados del Norte).

Además, ATRESMEDIA alega que la propuesta de informe adolece de una débil labor instructora, de forma que se realizan manifestaciones que no se sustentan en hechos acreditados. No se ha realizado un análisis en profundidad de la situación actual del mercado de publicidad en televisión, ni se ha realizado análisis alguno de la estructura actual de otros mercados afectados, en particular del mercado de adquisición de contenidos audiovisuales y de la evolución de la situación en el mercado de televisión tras las recientes operaciones de concentración habidas en el sector audiovisual.

ATRESMEDIA también critica que la DC recurra a supuestos incumplimientos de las condiciones impuestas para justificar la prórroga de las mismas y al hecho de que los compromisos a los que subordinó la autorización de la operación de concentración TELECINCO/CUATRO también han sido prorrogados.

A continuación se describen con mayor detalle los argumentos de ATRESMEDIA para cada una de las anteriores cuestiones y la respuesta de la DC a dichas alegaciones.

4.1.1 La Propuesta parcial de vigilancia no se ajusta a lo dispuesto en el Acuerdo de Consejo de Ministros

ATRESMEDIA considera que el acuerdo de Consejo de Ministros limitó el periodo de aplicación de las condiciones de cinco a tres años para no crear asimetrías entre los dos principales operadores de televisión, y evitar que MEDIASET

quedara sujeto a restricciones derivadas de las condiciones por menos tiempo que ATRESMEDIA.

Además, según ATRESMEDIA el Acuerdo de Consejo de Ministros contempla la prórroga de las condiciones únicamente en el supuesto de que se modifique la situación competitiva de los mercados afectados mientras que la DC basa su propuesta de prórroga de las condiciones en el mantenimiento de la estructura del mercado de publicidad en televisión.

Al respecto la DC señala que de la redacción de la condición quinta del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 no puede desprenderse, como sugiere ATRESMEDIA, que solo una modificación sustancial de la situación del mercado afectado en el sentido de empeoramiento de las condiciones competitivas del mismo podría dar lugar a la prórroga de las condiciones.

El Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 establecía literalmente:

“Estas condiciones tendrán una duración inicial de tres años desde la adopción del presente Acuerdo. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones por un período adicional de dos años”.

La DC entiende que una interpretación literal del mismo indica que sólo cabe supresión de las condiciones por un periodo adicional de dos años si se ha producido una modificación relevante de las circunstancias de mercado, pudiéndose deducir *a sensu contrario* que si no se ha producido tal modificación no procede suprimir las condiciones impuestas a ATRESMEDIA por el citado Acuerdo de Consejo de Ministros.

En definitiva, a juicio de la DC, la condición quinta del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 tiene como objetivo prorrogar las condiciones si el mercado no ha evolucionado hacia una mayor competencia de forma que hayan desaparecido los problemas identificados cuando se valoró la operación de concentración. Si solo en caso de un empeoramiento de la estructura y regulación del mercado se hubiese contemplado la prórroga de las condiciones, no se habría considerado necesario imponer las mismas en la situación en la que se encontraba el mercado en el momento de autorizar la operación de concentración.

Añade que esta interpretación es consistente con la realizada por el Consejo de la CNMC en la vigilancia de la concentración TELECINCO/CUATRO a la que también alude ATRESMEDIA.

En la vigilancia de aquella concentración, el Consejo de la CNMC determinó el 21 de febrero de 2014, que la posibilidad de prórroga de los compromisos a los que fue subordinada la misma debía interpretarse en este mismo sentido.

Por ello la DC rechaza las alegaciones de ATRESMEDIA en relación con la interpretación que la parte realiza de la condición quinta del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

También desestima la asimetría alegada por ATRESMEDIA en relación con MEDIASET.

La DC considera que la referencia a la misma se hace con base en la modificación que se produjo como consecuencia del Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 24 de agosto de 2014 en relación con la vigencia que la CNC había impuesto en su Resolución de fecha 13 de julio de 2012.

En esta última se establecía que la duración de las condiciones a las que se subordinaba la concentración ANTENA 3/LA SEXTA debían ser de cinco años, mientras que el Acuerdo de Consejo de Ministros, cuyas condiciones se vigilan en el marco del expediente de referencia, estableció una duración inicial análoga a la que la CNC ya había establecido en el expediente TELECINCO/CUATRO, esto es, tres años, prorrogables por otros dos.

En cualquier caso, el periodo de aplicación de los compromisos a MEDIASET no es la razón sobre la que la DC ha basado su propuesta de prórroga de las condiciones impuestas a ATRESMEDIA, sino la confirmación de que no se han producido modificaciones significativas en la estructura de los mercados afectados que aconsejen la supresión de dichas condiciones.

En este sentido, la DC expone que, aunque la estructura del mercado analizado no haya variado significativamente, sí se han producido determinados cambios que afectan al reparto de cuotas publicitarias entre los operadores en el periodo comprendido entre 2012 y 2014. Las cuotas de audiencia de MEDIASET y ATRESMEDIA han aumentado dos puntos en detrimento de las cuotas de audiencia de RTVE y las televisiones autonómicas, lo que mejora la capacidad de negociación de los dos grandes operadores de televisión privados con los anunciantes y con los poseedores de derechos audiovisuales.

La DC indica que si bien se ha producido una disminución de un punto porcentual de los ingresos publicitarios de ATRESMEDIA en este periodo, no considera que esta disminución se deba a una mejora en el grado de competencia del mercado de publicidad en televisión, sino que puede deberse a la reducción del número de canales que se ha producido a partir de mayo de 2014.

Es más, la DC ha advertido un deterioro de la situación competitiva del mercado de publicidad en televisión a raíz de la ejecución de la operación de concentración que es objeto de vigilancia en el marco del expediente de referencia.

La DC también recuerda que ya en el expediente de concentración C/0432/12 se indicaba que el objetivo de casi todos los grandes anunciantes, sobre todo los de productos de gran consumo, para garantizar el éxito de una campaña, es disponer como mínimo de un 80% de cobertura televisiva, por lo que es necesario contratar

en la mayoría de los casos con al menos dos de los principales operadores (MEDIASET y ATRESMEDIA).

La DC también considera que, la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia - donde se realiza un profundo análisis de la situación y funcionamiento del mercado de publicidad en televisión- ha puesto de manifiesto prácticas de comercialización y negociación que evidencian el carácter imprescindible de ATRESMEDIA para los anunciantes y el reforzamiento de su posición en el mercado de publicidad en televisión como consecuencia de la adquisición de la SEXTA¹.

Según el órgano de vigilancia este deterioro en el mercado de publicidad en televisión también ha sido puesto de manifiesto por el Consejo de la CNMC en su Resolución de 6 de mayo de 2015 (folios 9801 a 9843), cuando analizó la estrategia de ATRESMEDIA en el mercado de publicidad en televisión y concluyó que *“La pauta única supone un empaquetamiento de producto que reduce la capacidad de elección del cliente y permite a ATRESMEDIA ejercer frente a los anunciantes un mayor poder de mercado”*.

Otro elemento analizado por la DC e incluido r en la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia remitida a ATRESMEDIA el 15 de octubre de 2014, fueron las extraprimas cobradas por las agencias de medios y la ampliación de criterios para cobrar las mismas (además de la cuota de GRP's invertida se tienen en cuenta niveles de precios y facturación) que se produjo del año 2012 al 2013, lo que desincentiva la negociación de reducción de precios.

En definitiva, la DC considera que los riesgos advertidos por la CNC en el marco del expediente de concentración que es objeto de vigilancia no se han resuelto en el momento actual de valorar la necesidad de una prórroga de las condiciones a las que se subordinó la concentración ANTENA3/LA SEXTA.

Y estima que, en ciertos mercados, como es el de publicidad en televisión, se ha producido un empeoramiento de la situación competitiva, entre otras razones, por la extensión de la pauta única a los canales de LA SEXTA que ha encarecido el coste de los canales minoritarios y ha supuesto una pérdida de afinidad.

Según concluye la DC contrariamente a lo manifestado por ATRESMEDIA, la extensión de la pauta única a los nuevos canales no es una cuestión baladí, en la medida en que demuestra el enorme interés de ATRESMEDIA en esta fórmula de comercialización de la publicidad, y el consiguiente riesgo en ausencia de condiciones a que se aplique de forma única al conjunto de canales de ATRESMEDIA.

El riesgo de coordinación entre los dos principales operadores tampoco ha desaparecido, tal y como demuestra la similitud en las fórmulas de negociación que ATRESMEDIA y MEDIASET utilizan en la negociación con los anunciantes y que han sido (y siguen siendo) objeto de análisis por parte de la CNMC.

¹ Ver párrafo 34 de la propuesta de informe parcial de vigilancia

4.1.2 La prórroga de las condiciones supone una restricción a la libertad de empresa

ATRESMEDIA realiza esta afirmación sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 (Recurso núm. 1585/2000 Prosegur/Blindados del Norte) en la que se señaló que: *“En la medida en que las condiciones no respondan a la finalidad que la ley 16/1989 les asigna, o restrinjan indebidamente, más allá de lo necesario, las facultades de las empresas para decidir su política empresarial en un marco de libre competencia, dichas condiciones no serán válidas”*.

Por el contrario, la DC afirma que las condiciones impuestas han sido proporcionadas y responden a un objetivo claro que es, de acuerdo con lo establecido por la LDC, el de resolver los problemas para la competencia derivados de la concentración, así como sus efectos sobre los mercados.

Según la DC, en el mercado de la publicidad las condiciones impuestas a ATRESMEDIA por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012, tenían por objetivo asegurar que la entidad resultante tuviera limitada su capacidad de utilizar el poder de mercado que le otorga la concentración ANTENA 3 / LA SEXTA y, por ello, se buscaba evitar que pudiera desarrollar políticas comerciales que limitaran indebidamente la libertad de contratación de los anunciantes y agencias de medios, o excluyeran a terceros operadores de televisión en abierto.

En los mercados de producción y comercialización de contenidos audiovisuales el objetivo de las condiciones es asegurar que dichos contenidos salen periódicamente al mercado.

La DC concluye que las restricciones a la libertad de empresa impuestas a ATRESMEDIA como consecuencia del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 buscaban garantizar una dinámica competitiva suficiente como para que una vez expiraran esas condiciones, se mantuviera esa dinámica competitiva que compensa los efectos negativos derivados de la operación de concentración.

Si bien se estableció un periodo inicial mínimo de tres años, el propio Consejo de Ministros determinó la posibilidad de su ampliación por un periodo adicional de dos años si existían riesgos de que la situación competitiva no hubiera mejorado.

Por todo ello, y dado que los efectos negativos sobre la competencia derivados de la operación de concentración no han desaparecido, la DC rechaza la alegación de ATRESMEDIA y afirma que las limitaciones a la libertad de empresa derivadas de las condiciones a las que el Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 24 de agosto de 2012 subordinó la operación de concentración económica ANTENA3/LA SEXTA responden a los objetivos perseguidos por la LDC en materia de control de concentraciones y son proporcionados de acuerdo con los

precedentes de la propia autoridad de competencia y la jurisprudencia del Tribunal Supremo alegada por la parte.

4.1.3 Relación entre la existencia de indicios de incumplimiento de las condiciones y la prórroga de las mismas

ATRESMEDIA considera inaceptable que se utilice la resolución del Consejo de la CNMC de 6 de mayo de 2015, en la que se señala la existencia de indicios de incumplimiento de la condición primera, para justificar la prórroga de las condiciones. Señala que dicha Resolución afirma el carácter imprescindible de ATRESMEDIA para los anunciantes, lo que equivale a afirmar que este operador tiene posición de dominio en dicho mercado, sin aportar prueba alguna que acredite tal afirmación.

En respuesta a esta alegación la DC indica que la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia no recoge que el potencial incumplimiento por parte de ATRESMEDIA de alguna de las condiciones a las que se subordinó la concentración ANTENA3/LA SEXTA sea la razón que justifique la prórroga de las mismas.

La DC explica que en el Informe se realiza una referencia a los distintos elementos en los que se basa para determinar que no existen elementos suficientes para garantizar que los tres años iniciales previstos en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 hayan sido suficientes para mejorar la situación competitiva de los mercados afectados por la operación de concentración que es objeto de vigilancia.

Precisamente porque el mercado de publicidad en televisión fue uno de los mercados sobre los que el Consejo de Ministros impuso condiciones específicas, la DC realizó, en la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia previa, un análisis de los distintos pronunciamientos de la CNMC sobre este mercado.

Dado que en el presente expediente se debe valorar por la idoneidad de una prórroga de las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros el 24 de agosto de 2012, la DC entiende especialmente relevante a estos efectos recoger los pronunciamientos realizados por la CNMC a lo largo de los tres años iniciales de vigilancia de esas condiciones.

Según la DC, obviar estos pronunciamientos de la CNMC constituye una limitación injustificada a los elementos de juicio que deben utilizarse de cara a valorar la situación actual de los mercados afectados por la operación de concentración ANTENA3/LA SEXTA y, por ende, invalidar las atribuciones que en materia de vigilancia de las Resoluciones tiene atribuidas la CNMC por la LDC.

Adicionalmente, considera que la mención que realiza sobre los expedientes sancionadores que la CNMC ha incoado a MEDIASET y que afectan al mercado de publicidad en televisión también está justificada, en la medida en que sirve para describir la situación del mercado.

Por todo ello, la DC también rechaza las alegaciones presentadas por ATRESMEDIA en este sentido.

4.1.4 Resolución del Consejo de la CNMC de 21 de febrero de 2014

ATRESMEDIA señala que la referencia que se hace en la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia a la prórroga de los compromisos a los que se subordinó la autorización de operación de concentración C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, vulnera su derecho de defensa al desconocer el contenido de la Resolución del Consejo de la CNMC de 21 de febrero de 2014, que autoriza la prórroga de dichos compromisos.

Por el contrario, la DC considera que no se le ha producido indefensión por el hecho de no acceder al contenido de dicha Resolución adoptada en el marco de un expediente de vigilancia en el que ATRESMEDIA no era parte interesada.

La DC insiste en que el objeto de su informe es determinar si las circunstancias competitivas de los mercados afectados por la concentración ANTENA 3/ LA SEXTA reúnen actualmente características suficientes que justifiquen una prórroga de las condiciones impuestas a ATRESMEDIA por el Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 24 de agosto de 2012.

Por lo tanto, entiende que el hecho de que no haya podido acceder al contenido de una Resolución que afecta a un tercero en otro expediente del que no es parte no puede ser considerado como una indefensión a la parte.

Por otro lado, el órgano de vigilancia también indica que resulta obvio a la luz de los documentos que obran en el presente expediente de vigilancia y de otros que son públicos relacionados con MEDIASET que la vigencia de los compromisos de la concentración TELECINCO/CUATRO fueron ampliados por un periodo de dos años adicionales a los tres inicialmente previstos en virtud de la Resolución del Consejo de la CNC de fecha 28 de octubre de 2010.

Añade que las similitudes y simetrías entre este y aquel expediente de vigilancia también son obvias, puesto que ambos conforman un duopolio en lo que a publicidad en televisión se refiere.

Por ello, la DC consideró necesario hacer mención a esta similitud citando la Resolución del Consejo de la CNMC de 21 de febrero de 2014 como medio de refuerzo a las condiciones existentes actualmente en el mercado de publicidad en televisión que son, entre otras, las que determinan la necesidad de prórroga de las condiciones a las que se subordinó la concentración ANTENA3/LA SEXTA.

4.1.5 Sobre la labor instructora

ATRESMEDIA señala que la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia adolece de una débil labor instructora. Observa que en el mercado de publicidad en

televisión la DC se ha limitado a solicitar datos de audiencia e inversión publicitaria y que los restantes mercados afectados por la operación no han sido analizados.

La DC rechaza la anterior alegación precisando el alcance de su labor instructora en los distintos mercados afectados. Así, en primer lugar, en lo que respecta al mercado de publicidad en televisión, la Dirección de Competencia recuerda que se ha realizado un profundo análisis del mismo en el marco de su labor de vigilancia, puesto de manifiesto en la Resolución del Consejo de la CNMC de 6 de mayo de 2015 (que ha derivado en la apertura a ATRESMEDIA del expediente sancionador SNC/DC/ 0039/15).

La DC considera que esta Resolución y el informe elaborado por la Dirección de Competencia es conocido por ATRESMEDIA y, por ello, no considera necesario reproducir por extenso en hechos ya validados por el Consejo de la CNMC más allá de lo incluido en la propuesta de informe.

En cuanto a la situación competitiva del resto de mercados afectados por las condiciones, la Dirección de Competencia también rechaza la alegación presentada por ATRESMEDIA.

Según la DC, las condiciones a las que el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 subordinó la concentración ANTENA 3/LA SEXTA recogían, junto con otras, condiciones específicas en relación con dos aspectos fundamentales de la actividad de la alegante: publicidad y contenidos. Adicionalmente, se establecían condiciones específicas para el mercado de televisión en abierto para evitar reforzar el poder de mercado de ATRESMEDIA en los mercados subordinados a condiciones.

El órgano de vigilancia también indica que, la propuesta de informe notificada a ATRESMEDIA el 22 de mayo de 2015 analizaba la situación competitiva de los mercados afectados por los tres grupos de condiciones establecidos en el citado Acuerdo de Consejo de Ministros.

Asimismo, la DC señala que a lo largo del Informe Final de Vigilancia ha examinado de manera pormenorizada distintos aspectos que conforman la estructura competitiva del mercado de publicidad en televisión, por lo que no considera necesario reiterar un análisis ya expuesto, si bien considera necesario subrayar que este mercado de publicidad, tal y como se puso de manifiesto en la Resolución de la concentración que es objeto de vigilancia, condiciona el resto de mercados relacionados con la televisión en abierto.

En relación con la condición tercera, esto es, la relacionada con la puesta a disposición de terceros de los contenidos adquiridos en exclusiva por un plazo máximo de tres años desde la firma del contrato, la Dirección de Competencia señala que examina esta condición en un apartado específico analizando y contestando las alegaciones presentadas por ATRESMEDIA en relación con esta dispensa, así como el entorno competitivo en el que se viene desarrollando la adquisición de contenidos.

Según la DC, la presentación de alegaciones específicas por parte de ATRESMEDIA sobre el análisis que ha desarrollado en su propuesta de Informe en relación al mercado afectado pone de manifiesto que dicho análisis se ha realizado con la precisión y atención suficiente.

La DC también rechaza la alegación de ATRESMEDIA respecto a que la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia ha ignorado la intensa transformación del negocio de televisión en España derivada de la irrupción de nuevas tecnologías, que multiplican las fuentes de acceso inmediato a contenidos audiovisuales y desdibujan la frontera entre televisión en abierto y televisión de pago.

A este respecto ATRESMEDIA alude al documento de trabajo elaborado por la CNMC “Caracterización del uso de algunos servicios over the top en España”, publicado en diciembre de 2014, que señala en su página 24 *“quien rivaliza a día de hoy con los servicios de televisión de pago de los operadores no son tanto otras ofertas de pago de contenidos por internet, sino todo tipo de oferta gratuita, principalmente la televisión en abierto, pero también los contenidos distribuidos gratuitamente por internet”*.

Frente a esta alegación, la DC recuerda a ATRESMEDIA que la CNMC analizó recientemente la presión competitiva que las nuevas tecnologías pueden introducir sobre los mercados tradicionales de televisión en el expediente de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS², en el que ATRESMEDIA tuvo condición de interesado.

En el citado expediente, el Consejo de la CNMC consideró que, en el momento actual, sigue siendo acertado distinguir dos mercados diferenciados: (i) el mercado de servicios de televisión de pago, estructurado bajo un modelo de negocio basado en los pagos realizados por los espectadores a cambio del visionado de contenidos audiovisuales; y (ii) el mercado de servicios de televisión en abierto dependiente de los ingresos provenientes de los anunciantes.

Según la DC esta distinción no contradice lo afirmado anteriormente en el documento de trabajo al que alude ATRESMEDIA, en el que se admite que la televisión en abierto ejerce una cierta presión competitiva sobre la televisión de pago desde el punto de vista de captación de espectadores. A pesar de esta cierta presión competitiva el análisis de la operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/ DTS ha vuelto a acreditar que, en el momento actual, no hay suficiente sustituibilidad por el lado de la oferta ni de la demanda como para considerar que forman parte del mismo mercado.

ATRESMEDIA también alega que en los últimos tres años la irrupción de distribuidores de contenidos “Over de Top” (OTT) que utilizan internet como medio de distribución y que tienen una creciente demanda de contenidos audiovisuales, junto al reforzamiento de los grandes operadores de telecomunicaciones presentes en el mercado de televisión (Orange, Vodafone y Telefónica) refuerzan

² Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015.

la competencia por contenidos audiovisuales. ATRESMEDIA refuerza su alegación aportando los porcentajes de individuos que han accedido a contenidos audiovisuales a través de internet al menos una vez por semana analizada (22,5%).

Sin embargo la DC rechaza este razonamiento ya que no considera los datos aportados, representativos de la penetración de los servicios OTT en España ya que no especifican el tipo de contenido afectado (películas, series, acontecimientos deportivos o cualquier otro tipo de vídeo). Igualmente la DC recuerda que el documento de trabajo elaborado por la CNMC al que ha hecho referencia anteriormente ATRESMEDIA, también indica que la penetración en España de los servicios audiovisuales de pago es baja (21,9% de los hogares) y el porcentaje de hogares que contrata servicios audiovisuales OTT de pago muy reducido (0,6%).

Asimismo, recuerda la DC que en la operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS se destacó la baja cuota alcanzada por los servicios OTT que se comercializan en la modalidad de *stand alone*, (menos del 2% del total del mercado de televisión de pago) y la limitada capacidad de competir de estos operadores, como consecuencia de la falta de disponibilidad de contenidos atractivos, todo ello unido a la escasa penetración en los hogares de dispositivos que permiten ver en el aparato de televisión contenidos audiovisuales a los que se accede a través de internet.

Según la DC la entrada y sobre todo expansión de NETFLIX, o de cualquier otro operador al mercado español, no se realizaría de manera inmediata ya que requiere grandes inversiones.

Si bien es previsible que la cuota de los operadores OTT siga creciendo, aunque de manera lenta, la DC, en línea con lo manifestado en la concentración TELEFÓNICA/DTS, no considera que en los próximos dos años puedan ejercer una presión competitiva suficiente como para compensar el poder de negociación de ATRESMEDIA como demandante de contenidos audiovisuales.

Por otra parte, la DC también recuerda que los tres operadores de telecomunicaciones citados están presentes en el mercado de la televisión de pago. Como ha puesto de manifiesto y el análisis desarrollado por la CNMC en el marco de la operación de concentración C/0612/14 las televisiones de pago tienen que diferenciarse en contenidos premium en relación con la televisión en abierto para poder captar y mantener abonados, y que si bien es cierto que ambos tipos de operadores son demandantes de contenidos audiovisuales, todavía hay una clara diferenciación en las ventanas adquiridas y en los proveedores de dichos contenidos en función de la modalidad de emisión (en abierto o de pago).

A este respecto la DC indica que el 90-100% del gasto en adquisición de derechos de emisión de películas y series de los grandes estudios para televisión en abierto son títulos que se han emitido previamente en la televisión de pago. En

el marco de la concentración TELEFÓNICA/DTS la propia ATRESMEDIA indicó que, en el periodo 2011-2014, no había emitido ningún largometraje de estreno absoluto procedente de majors y que sus únicos estrenos absolutos procedente de majors fueron 10 tv movies y 10 series.

En lo que se refiere a la adquisición de derechos de emisión de acontecimientos deportivos de gran atractivo, son las televisiones de pago tradicionales las que más gasto dedican a dichos contenidos.

A la vista de lo anterior, la DC no considera posible que, por el momento, los operadores de televisión de pago tradicionales ejerzan una presión competitiva suficiente como para compensar el poder de negociación de ATRESMEDIA como demandante de contenidos audiovisuales para su emisión en abierto.

Por todo lo expuesto, la DC rechaza las alegaciones presentadas por ATRESMEDIA.

y se reafirma en que la ausencia de competencia en el mercado de publicidad televisiva en España determina la dinámica competitiva de los mercados de televisión en abierto y de adquisición de contenidos audiovisuales.

Siguiendo lo ya indicado En el expediente de concentración C/0432/12, la DC considera que los efectos restrictivos verticales de la operación de concentración deben ser analizados en el contexto del poder de mercado que tendría la entidad resultante en el mercado de la publicidad televisiva, principal fuente de ingresos de los operadores de televisión en abierto, lo que otorga a las partes una mayor capacidad para adquirir contenidos audiovisuales atractivos, ya sea mediante la compra de contenidos de los que son titulares terceros o mediante la contratación de servicios de producción para desarrollar contenidos de producción propia o coproducción. Con estos contenidos atractivos se puede incrementar la audiencia y, con ello, los ingresos publicitarios que permitan la rentabilización de dichos contenidos.

La DC concluye su análisis indicando que si la situación del mercado de publicidad en televisión no ha mejorado, difícilmente puede haber desaparecido el riesgo de acaparamiento de contenidos audiovisuales por parte de ATRESMEDIA y los riesgos de expulsión de los operadores de televisión en abierto más pequeños. Son precisamente estos riesgos los que tratan de evitar las condiciones establecidas.

4.1.6. Cambios regulatorios

En otra de sus alegaciones ATRESMEDIA considera que la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia ha ignorado los importantes cambios que han afectado a las televisiones en abierto privadas, citando entre los mismos la reducción de canales sufrida y la incertidumbre regulatoria existente, tanto respecto de las impugnaciones de concesión de canales pendientes de resolución

por el Tribunal Supremo, como respecto de las concesiones de canales adicionales objeto del concurso convocado el 17 de abril de 2015.

La DC rechaza también esta alegación e indica que la Propuesta Parcial de Informe de Vigilancia sí examina (párrafos 42 a 49) los cambios regulatorios alegados por ATRESMEDIA, lo que desvirtúa la afirmación de la empresa de que éstos hayan sido ignorados.

La DC señala que si bien ATRESMEDIA ha visto reducido en un número mayor los canales que emite, ello no se ha reflejado en un debilitamiento de su posición competitiva, como ha quedado reflejado en los niveles de cuotas y en las evidencias sobre las prácticas de comercialización utilizadas descritas en la propuesta de informe parcial de vigilancia.

Añade que, a partir del 1 de julio de 2015, ATRESMEDIA dispone de un canal adicional, “Mega”, que se emite en la frecuencia de Gol T.

Asimismo, la DC también indica que, aunque ATRESMEDIA ha visto reducida su cuota de ingresos publicitarios en dos puntos y MEDIASET en un punto, esta disminución no es lo suficientemente relevante para afirmar como se ha explicado anteriormente, que se derive de otras circunstancias al margen de la estructura competitiva del mercado publicitario y que no pueda valorarse sin tener en cuenta otros parámetros.

4.2 Sobre la modificación parcial de la condición tercera

ATRESMEDIA centra sus alegaciones respecto a la solicitud de dispensa de la condición tercera relativa al criterio de cómputo del plazo de puesta a disposición de los contenidos, en el desequilibrio que el cumplimiento de esta obligación genera respecto de MEDIASET.

ATRESMEDIA también critica que la CNMC le exija que acredite el perjuicio que el cumplimiento de esta condición le genera ya que, a su juicio debería ser la CNMC quien realizara un test de mercado para comprobar los efectos del mantenimiento de la condición cuya dispensa se solicita, tal como prevé la Comunicación de la Comisión Europea sobre soluciones admisibles.

Además, ATRESMEDIA considera inasumibles las alternativas señaladas por parte de la DC para eludir la limitación temporal de la puesta a disposición de los contenidos, en particular el recurso a la producción propia.

Por último, la parte también alega que al no pronunciarse el Tribunal Supremo sobre el criterio que debería regir el cómputo de los plazos de puesta a disposición de contenidos audiovisuales, la DC debería haberlo establecido de manera expresa en la propuesta de Informe Parcial de vigilancia, indicando que la CNMC exigirá a MEDIASET la misma limitación del plazo de puesta a disposición que exigía antes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de

2014 (por vía interpretativa de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010).

La DC considera que las alegaciones presentadas por ATRESMEDIA son reproducción de las ya contestadas en la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, por lo que no varía su valoración de las mismas.

No obstante, la DC sí considera necesario aclarar algunas afirmaciones que figuran en la Propuesta de Informe que, a su juicio, no han sido interpretadas correctamente por ATRESMEDIA.

4.2.1. Asimetría entre los dos principales operadores

Según señala la DC para ATRESMEDIA el desequilibrio que genera la exención para MEDIASET del cumplimiento de los plazos de puesta a disposición de los contenidos es lesivo para la competencia pues beneficia en exclusiva a MEDIASET, ya que los pequeños operadores de televisión no tienen capacidad para adquirir contenidos de elevado coste o del tipo output-deal o volume-deal. Por tanto, el mantenimiento de esta obligación se torna totalmente ineficaz.

Además, ATRESMEDIA vuelve a insistir en que el Consejo de Ministros pretendía evitar dicho desequilibrio cuando modificó las condiciones aprobadas por el Consejo de la CNMC y las igualó con los compromisos aprobados para MEDIASET. En este sentido ATRESMEDIA declara, que si bien está previsto que las obligaciones de ambos operadores no sean coincidentes en el tiempo, no así que durante el tiempo en que ambos juegos de condiciones resulten simultáneamente aplicables, éstas no sean simétricas.

En el Informe Parcial de Vigilancia elevado al Consejo, la DC considera que ATRESMEDIA parte de una interpretación equivocada del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

Para la DC la simetría que alega ATRESMEDIA, tal y como se infiere de los pronunciamientos previos de la CNMC, no se refiere a que ATRESMEDIA deba finalizar sus condiciones en paralelo a que MEDIASET cumpla la vigencia de los compromisos a los que se subordinó la concentración TELECINCO/CUATRO. Ello es así porque una simetría valorada en los términos que propone ATRESMEDIA facilita, a juicio de la DC la coordinación entre operadores y no es por tanto deseable desde el punto de vista de la competencia, por lo que no puede esgrimirse para defender la exención de la aplicación de una obligación que se adopta como consecuencia de unas condiciones competitivas de duopolio.

Señala a continuación la DC que si el Consejo de Ministros hubiera pretendido una simetría entre ATRESMEDIA y MEDIASET de forma permanente, no hubiera dejado abierta la posibilidad de prorrogar las condiciones de ATRESMEDIA, toda vez que la concentración TELECINCO/CUATRO se autorizó el 28 de octubre de 2010, mientras que la que es objeto de la presente vigilancia se autorizó el 27 de

agosto de 2012. E indica también a continuación que las condiciones que el Consejo de Ministros modificó para introducir simetría en el tratamiento de los dos operadores citados, con el fin de eliminar los obstáculos de la concentración en aras de una serie de objetivos de interés público, estaban relacionadas con el mercado de publicidad, principal fuente de ingresos de los operadores de televisión en abierto, pero no en lo relativo a la adquisición de contenidos.

Por todo ello, la DC considera que una dispensa como la solicitada supondría un claro trato diferenciado a ATRESMEDIA sobre MEDIASET ya que

el análisis que el Consejo de la CNMC realizó para valorar la eventual prórroga de los compromisos que MEDIASET había propuesto en el marco de la concentración C/0230/10 se basaba en la mejora de las condiciones competitivas del mercado.

Tras el análisis de esa situación competitiva se concluyó que no se había producido una mejora del entorno competitivo y que, por tanto, procedía la prórroga en dos años más de los citados compromisos.

En el presente caso, la DC considera que la situación sometida a examen es análoga a la de aquel expediente y, a su juicio, la situación competitiva del mercado de publicidad en televisión no se ha visto mejorada y la posición de duopolio de ATRESMEDIA y MEDIASET se mantiene. Según la DC esta estructura duopolística afecta al resto de mercados relacionados con la televisión en abierto y, entre ellos, se encuentra el mercado de adquisición de contenidos.

Asumiendo esta valoración de la estructura de los mercados, la DC considera que no procede aceptar la solicitud presentada por ATRESMEDIA, ya que lo contrario supondría introducir elementos de valoración ajenos a las obligaciones de vigilancia que la CNMC tiene encomendadas como consecuencia del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2014.

ATRESMEDIA alega que puede verse perjudicada en la medida en que MEDIASET va a poder acceder a determinados contenidos como consecuencia del levantamiento de los compromisos establecidos en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 y ello le causará un perjuicio irreparable.

Sin embargo, la DC rechaza y discrepa de la lo alegado por ATRESMEDIA ya que esta operadora tiene el suficiente peso en el mercado de televisión en abierto como para evitar ser ignorada por los proveedores de contenidos audiovisuales y, de hecho, la propia ATRESMEDIA reconoce que es difícil encontrar un cliente alternativo a MEDIASET que no sea la propia alegante.

La DC considera que esta situación permite vislumbrar el poder de mercado de ATRESMEDIA y, además, pone de manifiesto que los proveedores de contenidos audiovisuales buscan más de una alternativa a la hora de ofrecer sus productos a los operadores de televisión en abierto, siendo la propia ATRESMEDIA la alternativa más razonable a MEDIASET, tal y como se infiere de las alegaciones que ATRESMEDIA presentó en relación con la exención de esta condición.

Por lo tanto, la DC propone desestimar las alegaciones de ATRESMEDIA y mantener la condición en la medida en que con ello se puede favorecer, dadas las circunstancias competitivas de los mercados de televisión en abierto, a terceros operadores la adquisición de esos contenidos y, por lo tanto, mejorar el entorno competitivo actual.

Según la DC, ni el Consejo de Ministros, ni la CNC aceptaron en su momento vincular la vigencia de los compromisos de ATRESMEDIA a los de MEDIASET, por lo que las condiciones establecidas por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 deben valorarse de acuerdo con la práctica habitual de la CNMC.

4.2.2 Falta de acreditación de incapacidad de competir en el mercado de adquisición de contenidos audiovisuales.

En sus alegaciones ATRESMEDIA señala que desconoce el resultado de las negociaciones de los proveedores de contenidos con los operadores de televisión y por tanto, no puede aportar pruebas sobre los contratos perdidos en favor de MEDIASET. A juicio de ATRESMEDIA debería ser la CNMC quien investigara mediante requerimientos a los productores de contenidos audiovisuales el verdadero alcance de exigir el cumplimiento de los plazos de puesta a disposición de los contenidos.

Sin embargo ATRESMEDIA aporta como ejemplo los derechos de emisión de los partidos amistosos de la selección nacional de fútbol que fueron adjudicados a MEDIASET durante un periodo de 3 años y medio. Asimismo señala que tampoco podrá pujar por los derechos de los juegos olímpicos de 2018 (invierno) y de 2020 (verano) que se subastan en un único paquete dado que el comienzo del segundo evento tiene lugar pasados tres años desde la firma del contrato, aunque desconoce si MEDIASET está interesado.

La DC rechaza las alegaciones de ATRESMEDIA y reitera los argumentos expuestos en su Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia (párrafos 80 a 82) acerca de la importancia que ATRESMEDIA tiene para los proveedores de contenidos audiovisuales.

No obstante reconoce un posible error de redacción cuando indicó que la Comunicación de la Comisión Europea sobre soluciones admisibles prevé que las consultas a otros agentes del mercado cabría realizarlas sólo si se hubiese acordado la exención, modificación o sustitución de los compromisos,. Según la DC resulta obvio, que en el presente caso no se dan las circunstancias pertinentes para realizar un test de mercado como solicitaba la parte, tendente a modificar la condición tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2014, ya que no concurren las circunstancias competitivas para valorar tal modificación de las condiciones.

4.2.3 Alternativas de producción propia

ATRESMEDIA considera inasumible recurrir a la producción propia para eludir la limitación temporal de la puesta a disposición de los contenidos, dado que la capacidad de producción de contenidos de ATRESMEDIA es marginal y no puede sustituir a la producción de las majors. Igualmente señala que tampoco

puede modificar la dinámica de inversión en producciones europeas para cumplir con las obligaciones legales de financiación (en las que suele transcurrir un periodo superior a tres años de puesta a disposición de los contenidos) ni limitar la financiación a proyectos que estuviesen bajo el control de ATRESMEDIA, pues ello limitaría las opciones de inversión y obligaría a asumir un papel de dirección de proyecto para el que carece de capacidades.

La DC rechaza esta alegación ya que fue la propia ATRESMEDIA la que introdujo este compromiso durante la tramitación del expediente de concentración C/0432/12 y, por tanto, valoró la incidencia que esta limitación tendría en su actividad.

También señala que la mención a la existencia de alternativas por parte de ATRESMEDIA en cuanto a la puesta a disposición de los contenidos en exclusiva contenida en la Propuesta de Informe de Vigilancia se realiza en un contexto en el que la parte alega una modificación de la estructura del mercado como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014. La DC se limitó a recoger la existencia de dos alternativas sin entrar a valorar si estas pueden resultar mucho o poco costosas para la parte, toda vez que la premisa inicial es que ATRESMEDIA había ofrecido ese compromiso y, por lo tanto, no puede alegar a posteriori que el mismo debe modificarse cuando no ha habido un cambio sustancial en las circunstancias del mercado.

El órgano de vigilancia explica que los compromisos en control de concentraciones buscan que las empresas, de forma voluntaria puedan encontrar remedios a las distorsiones del mercado derivadas de una operación de concentración y que con ello, los problemas de competencia puedan resolverse de una forma mucho más eficaz que en el caso de la imposición de condiciones. Por ello la DC estima que la voluntariedad implica una valoración por parte del operador de los pros y los contras derivados del compromiso propuesto y, con carácter general, suponen menores cargas para las empresas que los proponen que las condiciones.

Ahora bien, un compromiso en el que el proponente decide su modificación sin que concurren motivos para ello, supone vaciar de contenido las ventajas de este sistema sobre el de las condiciones y, por tanto, la DC la inadmite de plano.

La DC concluye que las alegaciones de ATRESMEDIA en relación con este punto deben ser desestimadas en la medida en que debe suponerse que la parte ya conocía que existían alternativas en el momento en el que presentó su propuesta

de compromisos durante la tramitación del expediente de control de concentraciones C/0432/12.

4.2.4 Manifestación expresa de la CNMC sobre el criterio interpretativo de la Resolución de 28 de octubre de 2010

ATRESMEDIA alega, que dado que el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de diciembre de 2015 no se ha pronunciado sobre el criterio que debe utilizarse para computar el plazo de puesta a disposición de los contenidos, la CNMC debería manifestarse expresamente en el Informe Parcial de Vigilancia acerca del criterio interpretativo que aplicará a MEDIASET en la supervisión de los compromisos.

Según ATRESMEDIA, la CNMC debería exigir a MEDIASET que cumpla en sus contratos de adquisición de contenidos a terceros, la misma limitación del plazo de puesta a disposición de los contenidos que se aplicaba con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada.

La DC entiende que, en el momento actual de tramitación del expediente no cabe más que consignar lo que ha establecido el Tribunal Supremo en la Sentencia citada que, además, no afecta a ATRESMEDIA en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

Asimismo, dado que las obligaciones que la CNMC tiene en relación con el expediente de vigilancia de MEDIASET no afectan al presente expediente considera que no cabe pronunciarse acerca de la solicitud formulada por ATRESMEDIA.

QUINTO.- En relación con la práctica de pruebas solicitadas

La DC no considera necesario efectuar requerimientos a los proveedores de contenidos en la medida en que no se ha pronunciado a favor de una modificación de la condición tercera. Además ATRESMEDIA es un cliente de gran relevancia para esos proveedores y no ha quedado acreditado que tenga problemas para configurar su programación.

Sobre la puesta a disposición de las resoluciones del Consejo de la CNMC relacionadas con el expediente de vigilancia VC/0230/10, la DC indica que en la medida en que ATRESMEDIA no es interesado en el citado expediente, únicamente podrá acceder a las mismas cuando se haya elaborado una versión pública de ellas.

A este respecto debe señalarse, no obstante, que la versión pública de ambas resoluciones puede ser consultada actualmente por ATRESMEDIA en la página web de la CNMC, tanto en lo que respecta a la Resolución del Consejo de la

CNMC de 18 de marzo de 2015 como en relación con la Resolución del Consejo de la CNMC de 21 de febrero de 2014.

Finalmente, en relación con la solicitud de informe a la Sala de Supervisión Regulatoria, como ya se ha indicado en el Fundamento de Derecho Primero, en la medida en que el presente informe de vigilancia entra dentro de los supuestos recogidos en el artículo 21.2b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Sala de Supervisión Regulatoria debe emitir el informe preceptivo al que alude el citado artículo.

SEXTO.- Valoración de la Sala de Competencia

En el presente expediente la Sala de Competencia debe valorar si, como propone la DC en su Informe Parcial de Vigilancia de 15 de julio de 2015, resulta necesario prorrogar por un período de dos años las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, en los mismos términos en que fueron aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

Asimismo, la Sala debe pronunciarse sobre la solicitud de ATRESMEDIA relativa a la dispensa del cumplimiento de la obligación contenida en el apartado a) de la condición tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros, la relacionada con la puesta a disposición de terceros de los contenidos adquiridos en exclusiva por un plazo máximo de tres años desde la firma del contrato.

Antes de entrar a valorar la propuesta de la DC y las pretensiones de ATRESMEDIA, la Sala de Competencia considera necesario plantear previamente una serie de cuestiones relativas a los procedimientos de vigilancia en materia de control de concentraciones que, directa o indirectamente se han discutido por la empresa objeto de la vigilancia y la DC en sus argumentaciones y que resultan relevantes a efectos de la valoración jurídica del asunto.

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), atribuye actualmente a la CNMC la competencia para vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

Como recordaba el Consejo de la extinta CNC en su Resolución de 28 de diciembre de 2009 (Expte. R/0023/09, Distirutas/Gelesa/Siglo XXI/Logintegral) las *“actuaciones de vigilancia constituyen un procedimiento administrativo diferenciado del procedimiento de autorización de la operación de concentración, aunque la conexión entre ambos es evidente, ya que el primero tiene por fundamento el control del cumplimiento de la resolución dictada en el segundo. Es decir, sin resolución administrativa previa no hay vigilancia.*

En concreto, el expediente de control de una operación de concentración tiene por objeto valorar en qué medida la operación puede obstaculizar la competencia efectiva en los mercados. Precisamente por ello, en su caso, la autorización puede conllevar la adopción de unas obligaciones cuyo objetivo es prevenir la obstaculización de la competencia efectiva y, por ende el interés general. Sin perjuicio de ello, en dicho procedimiento se tienen en cuenta los intereses legítimos de terceras partes en la medida en que el deterioro de la competencia, en los términos previstos en la Ley 15/2007, pueda afectarles.

Por el contrario, la vigilancia consiste en un conjunto de actuaciones que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones (ya sean compromisos o condiciones) adoptadas para preservar la competencia en los mercados. Su naturaleza es por tanto, fundamentalmente ejecutoria, puesto que tiene por finalidad controlar cómo son llevadas a efecto las obligaciones impuestas de forma tasada en una Resolución previa y, en su caso, compeler al destinatario a su cumplimiento a través de los mecanismos previstos por la LDC.

Como ha manifestado el Tribunal Supremo, tales obligaciones deben observar el principio de proporcionalidad y abstenerse de restringir innecesariamente la libertad empresarial (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 2 abril 2002, Recurso núm. 1585/2000, PROSEGUR/BLINDADOS DEL NORTE). En coherencia, también estos principios deben alumbrar las actuaciones de vigilancia. Es precisamente por ello que, una vez determinadas los remedios u obligaciones a que se subordina la autorización de la operación, se deja a las empresas que vienen obligadas a su cumplimiento libertad en la manera en que se procede a su cumplimiento, siempre sujeto al efectivo cumplimiento de la Resolución. En otros términos, la vigilancia debe ir guiada por el principio de intervención mínima, no debiendo la Administración influir en la manera en que las obligaciones se ejecutan siempre y cuando su efectivo cumplimiento quede asegurado.

El anterior enfoque explica las propias resoluciones (antes Acuerdos de Consejo de Ministros) en materia de vigilancia suelen contemplar la presentación en un plazo dado de un plan de actuaciones mediante las cuáles la empresa pretende dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas. La función de la CNC en materia de vigilancia y, en particular, de la DI, consiste asegurar que tales actuaciones son adecuadas y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones y que se ejecutan en tiempo y forma”.

Coincidiendo con los planteamientos de la extinta CNC, la Sala de Competencia estima que la función de vigilancia prevista en el artículo 41 de la LDC respecto a las operaciones de concentración autorizadas tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones, compromisos o condiciones adoptadas en el momento de autorización de la operación para preservar la competencia en los mercados. Como indica ATRESMEDIA en sus alegaciones el procedimiento de

vigilancia debe respetar el principio de proporcionalidad y abstenerse de restringir innecesariamente la libertad empresarial, en línea con lo marcado por la doctrina del Tribunal Supremo en materia de concentraciones pero, como expone la DC en el Informe elevado a la Sala, el efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas en la autorización siempre debe asegurarse en todo momento, no pudiendo obviar la efectividad de dicho cumplimiento esgrimiendo meras referencias al citado principio de proporcionalidad.

La naturaleza fundamentalmente ejecutoria del procedimiento de vigilancia tiene por objeto controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas de forma tasada en una Resolución previa (“*cómo son llevadas a efecto*” en palabras de la extinta CNC) y, en su caso, compeler al destinatario a su cumplimiento a través de los mecanismos previstos por la LDC.

Para lograr este adecuado cumplimiento de condiciones y obligaciones impuestas resulta imprescindible atender a cómo fueron estas planteadas en la resolución o acuerdo de autorización de la operación de concentración objeto de la vigilancia, en este caso el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 (Expediente C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA).

Como se ha recordado, el anterior el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 establecía literalmente:

“Estas condiciones tendrán una duración inicial de tres años desde la adopción del presente Acuerdo. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones por un período adicional de dos años”.

Por tanto, atendiendo a la literalidad del mandato, resulta evidente que, transcurrido el plazo inicial de tres años determinado por el Acuerdo de Consejo de Ministros, correspondía a la CNC (actual CNMC) la valoración de la situación de los mercados afectados, tanto en su condición estructural como regulatoria, para determinar el mantenimiento o la supresión, pero también la adecuación de las mismas, por un periodo adicional de dos años.

Por tanto, en oposición a lo defendido por ATRESMEDIA en sus alegaciones, resulta correcta la postura defendida por la DC respecto a que la prórroga de las condiciones establecidas en agosto de 2012 no supone, en la situación actual de los mercados afectados, ni un incumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de Consejo de Ministros ni, en modo alguno, una restricción a la libertad de empresa en los términos expuestos por ATRESMEDIA.

Según la operadora de televisión la prórroga de las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0432/12 tenía carácter excepcional y únicamente podría producirse en el supuesto de que existiera una modificación de la situación competitiva de los mercados afectados por la operación de concentración. ATRESMEDIA considera que tal circunstancia no ha sido acreditada por la CNMC en su propuesta de Informe Parcial de Vigilancia. Por ello la operadora de televisión considera que no cabe que la CNMC acuerde la referida prórroga, que constituiría en todo caso una restricción a la libertad de empresa injustificada y desproporcionada a tenor de lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La mera lectura del extracto del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 antes transcrito impide estimar las alegaciones remitidas por ATRESMEDIA. En dicho apartado se dotaba a la entonces CNC de una esfera de actuación mucho más amplia que la extremadamente restringida propuesta por la empresa alegante. La prórroga prevista como posible para las condiciones estipuladas carece del carácter excepcional que ATRESMEDIA pretende atribuirle. Por el contrario el Acuerdo dota de especial responsabilidad al órgano de competencia para valorar en su conjunto la situación de los distintos mercados afectados por la operación de concentración y decidir el “*mantenimiento, adecuación o supresión*” de las condiciones por un período adicional de dos años”.

La Sala considera que el pretendido carácter excepcional de la prórroga de las condiciones o la supresión automática de las mismas en caso de ausencia de modificaciones de la situación competitiva de los mercados afectados expuesto por ATRESMEDIA en sus alegaciones no puede ser estimado en ningún caso, a riesgo de vaciar completamente el mandato recibido por esta Comisión del Consejo de Ministros y eludir sus responsabilidades de vigilancia.

Por todo ello, la Sala de Competencia estima que la prórroga de las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA no puede considerarse en modo alguno una restricción a la libertad de empresa injustificada y desproporcionada ya que, del análisis efectuado por la Dirección de Competencia a lo largo del presente procedimiento de vigilancia, la misma se revela actualmente como necesaria, en línea con lo previsto en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 para resolver los problemas para la competencia derivados de la concentración examinada y, especialmente, sus efectos sobre los mercados.

La Sala considera que las condiciones a las que el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 subordinó la operación de concentración económica ANTENA3/LA SEXTA respondían a los objetivos perseguidos por la LDC en materia de control de concentraciones. El análisis efectuado por la Dirección de Competencia acredita que los efectos negativos sobre la competencia derivados de la operación de concentración no han desaparecido. Por ello la prórroga de las condiciones resulta proporcionada de acuerdo con los

precedentes de la propia autoridad de competencia y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Junto a las anteriores alegaciones de fondo, ATRESMEDIA alega la débil labor instructora ejecutada por la Dirección de Competencia en el actual procedimiento de vigilancia y denuncia la ausencia de un análisis en profundidad de la situación actual del mercado de publicidad en televisión y del resto de los mercados afectados, en particular del mercado de adquisición de contenidos audiovisuales.

ATRESMEDIA también se muestra crítica respecto a que la DC recurra a supuestos incumplimientos de las condiciones impuestas en la operación de concentración C/0432/12 para justificar la prórroga de las mismas. Y extiende esta alegación respecto a la justificación de la prórroga en el hecho de que los compromisos a los que subordinó la autorización de la operación de concentración C/0230/10 TELECINCO/CUATRO también hayan sido prorrogados, si bien también critica que la DC en su labor de vigilancia no examine la evolución del mercado de televisión tras las recientes operaciones de concentración habidas en el sector audiovisual.

Ninguna de estas alegaciones puede variar las conclusiones alcanzadas por la Sala que acaban de exponerse. La labor de vigilancia realizada por la Dirección de Competencia se estima clara y suficiente para determinar la prórroga en el momento actual y se suma al análisis de los mercados afectados realizados por la autoridad en expedientes anteriores y recientes resoluciones para conformar un marco adecuado en el que pueden valorarse las consecuencias de la aceptación o no de la prórroga. La alegación de ATRESMEDIA respecto a aislar el presente análisis del realizado en otros expedientes relacionados con el actual procedimiento de vigilancia resulta en total contradicción con otras alegaciones de la propia operadora, que consideran indispensable abordar un examen completo de los mercados afectados, análisis que, en ningún caso, podría excluir lo estudiado en expedientes anteriores.

En todo caso, la Sala es también consciente de la especial situación de todos los mercados afectados por la operación de concentración, sometidos a una apreciable dinámica de cambio iniciada por la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/ LA SEXTA y, anteriormente, por la operación C/0230/10 TELECINCO/CUATRO. Dinámica de cambio que se une a las variadas incertidumbres derivadas del actual desarrollo tecnológico, la evolución normativa y regulatoria, así como posibles cambios estructurales en mercados como el de la publicidad o el audiovisual. Esta situación de cambio e incertidumbre aboga por realizar un seguimiento adecuado de la estructura de todos los mercados afectados por parte de los servicios de la CNMC.

En particular la Sala considera que resulta necesario valorar en profundidad cómo puede afectar a dichos mercados la ya cercana finalización de las condiciones impuestas a otros operadores significativos, como MEDIASET, en virtud de la mencionada operación C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, de forma que desde

esta Comisión puedan adoptarse las medidas que se consideren necesarias en aplicación de la normativa de competencia.

Dichas medidas afectarían evidentemente a aquellas operaciones de concentración cuya vigilancia subsista -lo que podría determinar una nueva valoración de las condiciones impuestas en la operación C/0432/12 ANTENA 3/ LA SEXTA - pero también a cualquier otra actuación de aplicación de la LDC que el ordenamiento permita. Para alcanzar esta valoración se considera necesario que, con carácter previo a la desaparición de las condiciones impuestas en la operación C/0230/10 TELECINCO/CUATRO, la Dirección de Competencia realice un análisis estructural de la situación competitiva en los mercados afectados y de su previsible dinámica de futuro tras la desaparición de las condiciones relacionadas con la operación C/0230/10 TELECINCO/CUATRO y, en su caso, proponga las medidas oportunas en relación con la presente vigilancia.

Con respecto a la solicitud de dispensa de la condición tercera -relativa al criterio de cómputo del plazo de puesta a disposición de los contenidos- ATRESMEDIA defiende su retirada por el desequilibrio que su mantenimiento podría ocasionarle respecto a la situación en que ahora se encuentra MEDIASET.

ATRESMEDIA defiende que, al no pronunciarse el Tribunal Supremo sobre el criterio que debería regir el cómputo de los plazos de puesta a disposición de contenidos audiovisuales, la DC debería haber establecido dicho criterio de manera expresa en la propuesta de Informe Parcial de vigilancia, indicando si la CNMC exigirá a MEDIASET la misma limitación del plazo de puesta a disposición que exigía antes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014.

La Sala considera que en el momento actual la valoración del presunto desequilibrio entre ATRESMEDIA y MEDIASET no resulta posible en los términos señalados por la primera operadora ya que, actualmente, ambas empresas se encuentran sometidas a condiciones similares en relación a la puesta a disposición de los contenidos audiovisuales. La interpretación que realiza ATRESMEDIA respecto a la presunta dispensa para MEDIASET de dichas condiciones derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014 no puede ser compartida por esta Sala ya que excede el pronunciamiento contenido en la citada sentencia. Dicha Sentencia se limita a anular una ejecución específica de la resolución relativa a la operación de concentración C/0230/10 TELECINCO/CUATRO pero en modo alguno anula la citada resolución, que continúa desplegando sus efectos, también en lo relativo a la puesta a disposición de contenidos audiovisuales, sin que pueda considerarse existente el desequilibrio denunciado por ATRESMEDIA. Todo ello sin perjuicio del análisis estructural solicitado a la Dirección de Competencia del que será objeto también este mercado. Por todo ello, la Sala considera que no puede estimarse la dispensa de la condición tercera, relativa al criterio de cómputo del plazo de puesta a disposición de los contenidos, solicitada por ATRESMEDIA, A la vista de los

expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo

HA RESUELTO

PRIMERO.- Prorrogar por un periodo de dos años, susceptible de revisión, las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0432/12 ANTENA3/LA SEXTA mediante el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente Resolución.

SEGUNDO.- No acceder a la solicitud de ATRESMEDIA respecto a la dispensa del cumplimiento de la obligación contenida en el apartado a) de la condición tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Competencia a analizar la estructura y dinámica competitiva de los mercados afectados por las operaciones de concentración C/0230/10 TELECINCO/CUATRO y C/0432/12 ANTENA3/LA SEXTA, tras la desaparición de las condiciones a las que fue sometida la autorización de la operación C/0230/10 TELECINCO/CUATRO.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.