

LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN TELECINCO/CUATRO Y PRISA/TELEFÓNICA/ TELECINCO/DIGITAL+

INÉS GODINEZ AGUIRRE DE CÁRCER

Inspector de Competencia

ALBERTO RODRÍGUEZ RAPOSO

Vocal asesor

Subdirección de Sociedad de la Información

Comisión Nacional de la Competencia¹

1. Introducción

En abril de 2010 se plantearon ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dos operaciones de concentración con una gran relevancia en el ámbito de los mercados audiovisuales: la toma de control exclusivo de Cuatro por parte de Telecinco² y la adquisición de control conjunto de Digital+ por parte de Prisa, Telefónica y Telecinco.³

La primera de las operaciones implicaba la concentración de dos operadores de televisión en abierto de ámbito nacional, que ocupaban el primer y tercer puesto

1. Los autores son los únicos responsables de las opiniones vertidas en este artículo, que en ningún caso suponen la posición institucional de la Comisión Nacional de la Competencia.

2. La operación de concentración de Telecinco/Cuatro se planteó como la adquisición por Gestevisión Telecinco S.A. (Telecinco) del control exclusivo de Sociedad General de Televisión Cuatro S.A.U (Cuatro) mediante la adquisición del 100% de su capital social. Como contraprestación, Prisa, la vendedora, dispondría del 8,3 % del capital social de Telecinco y de dos miembros del Consejo de Administración, de un total de 15.

3. Consistente en la adquisición por Prisa, Telefónica y Telecinco del control conjunto de Digital+, donde se agrupa casi todo el negocio de televisión de pago de Sogecable. Como resultado de la operación Telefónica y Telecinco tendrían sendas participaciones del 22 % en Digital+, correspondiendo el 56 % restante del capital social a Prisa.

Asimismo, como consecuencia de los diversos pactos de accionistas firmados, cada uno de los accionistas de Digital+ dispondría de derechos de veto en el Consejo de Administración para determinadas materias estratégicas.

en audiencia dentro de las televisiones privadas. Esta operación fue autorizada por la CNC con compromisos en octubre de 2010.⁴

La segunda de las operaciones implicaba la concentración de la primera y la tercera operadora de televisión de pago del mercado español por número de abonados, conjuntamente con el operador de televisión privada en abierto resultante de la primera de las concentraciones y con el principal operador de servicios de comunicaciones electrónicas en España. Esta operación fue objeto de archivo por la CNC en noviembre de 2010,⁵ tras haber desistido las partes notificantes de la toma de control conjunto inicialmente prevista.⁶

Estas dos operaciones de concentración, por su relevancia económica, y por involucrar a grandes empresas del sector audiovisual, suscitaron un gran interés en los medios de comunicación. Transcurridos ya algunos meses de la resolución de ambas operaciones, el presente artículo persigue, por una parte, realizar una reflexión sobre algunos de los elementos de dichas operaciones que pueden presentar un mayor interés desde la perspectiva de la aplicación de la normativa de competencia. Por otra, se pretende profundizar en algunos de los elementos de las dos operaciones que pueden haber suscitado un mayor debate.

Entre los aspectos que los autores de este artículo consideran más relevantes, se podría mencionar la cuestión relativa a la definición de los mercados de referencia. En particular, hemos identificado dos elementos que a nuestro juicio resultan de interés.

En primer lugar, existen una serie de elementos que caracterizan al mercado de la publicidad en televisión que no son generalmente conocidos y que resultan imprescindibles para valorar la operación Telecinco/Cuatro y los compromisos bajo los que ha sido autorizada.

En segundo lugar, consideramos que tiene una especial relevancia el hecho de que la autoridad de competencia haya definido un mercado de televisión en abierto diferente del mercado de la publicidad televisiva, cuestión que presenta importantes similitudes con otros mercados, como los relativos a servicios prestados a través de Internet, que responden a modelos económicos similares.

Además de reflexionar sobre las cuestiones antes señaladas, se considera que puede resultar de utilidad recoger, de manera muy resumida, algunos de los elementos más importantes de la resolución de estas dos operaciones, principalmente los problemas de competencia identificados.

Asimismo, se realiza una reflexión sobre las razones para el archivo de la operación de adquisición de control conjunto sobre Digital+, a la vez se van a analizar

4. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0230/10&ambito=Concentraciones>

5. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0231/10&ambito=Concentraciones>

6. De esta manera, Telefónica y Telecinco renunciaron a sus derechos de veto sobre decisiones estratégicas, aunque llevaron adelante su entrada en el capital social de Digital+.

las principales incidencias que está suscitando la vigilancia de los compromisos asumidos por Telecinco.

2. Actuaciones de la CNC

Antes de abordar los temas más interesantes anteriormente señalados se procede a recoger de manera muy resumida los hitos que han ido produciéndose en la tramitación de ambas operaciones y que presentan ciertas peculiaridades, derivadas de los elementos de conexión existentes entre los dos proyectos empresariales.

Como ya se ha señalado, el 28 y 29 de abril de 2010, Telecinco, Telefónica y Prisa solicitan a la CNC la autorización de dos transacciones, la operación de concentración Telecinco/Cuatro y la operación de concentración Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+, ambas previamente remitidas a España por la Comisión Europea⁷.

La interdependencia de las dos operaciones, reforzada por los acuerdos de colaboración firmados entre los participantes, aconsejaba un análisis paralelo y coherente de ambos expedientes por parte de la CNC, que acordó el 17 de mayo de 2010 acumular los mismos para estudiar los problemas de competencia de ambas operaciones de manera simultánea.⁸

El inicio de la segunda fase del procedimiento se acordó el 30 de junio de 2010 por el Consejo de la CNC, y el 6 de agosto de 2010 la Dirección de Investigación elaboró un Pliego de Concreción de Hechos donde se recogieron los posibles obstáculos para la competencia derivados de ambas operaciones de concentración.

Para hacer frente a los efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva detectados por la Dirección de Investigación en el sector audiovisual en España, Telecinco presentó una serie de compromisos para resolver los problemas de competencia identificados en la operación Telecinco/Cuatro.

Con vistas a salvaguardar la eficacia del sistema de control de concentraciones y de cara a evitar un perjuicio a los legítimos intereses de Telecinco, por la dilación innecesaria en la autorización de la operación Telecinco/Cuatro, y en la medida en que los compromisos presentados por las partes de la operación de Digital+ se

7. Ambas operaciones de concentración fueron previamente objeto de reenvío a España por parte de la Comisión Europea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.4 del Reglamento CE 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas, mediante decisiones de 11 de marzo de 2010. Ver casos:

M.5776 TELECINCO/CUATRO http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5776_20100311_201220_254239_ES.pdf y M.5748 PRISA/TELEFÓNICA/TELECINCO/DIGITAL+ http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5748_20100311_201220_254185_ES.pdf

8. Con fecha 17 de mayo de 2010, conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Dirección de Investigación acordó la acumulación del expediente C/0231/10 al expediente C/0230/10, continuándose su tramitación conjuntamente, conforme a los plazos del expediente C/0230/10 Telecinco/Cuatro, y concluyéndose en una única resolución.

estimaron en un principio insuficientes, se acordó el 19 de octubre de 2010 dejar sin efecto la acumulación de ambos expedientes, a fin de permitir la resolución separada de los mismos.

Así, el 28 de octubre de 2010 se acordó, mediante Resolución del Consejo de la CNC aprobar con compromisos la operación Telecinco/Cuatro, siendo relevante destacar que a la hora de analizar la operación Telecinco/Cuatro, fue preciso hacerlo partiendo del hecho objetivo de que existía la posibilidad de que Telecinco adquiriera junto con Telefónica y Prisa el control conjunto de Digital+, ya que solo en dicho contexto podrían entenderse parte de los compromisos finalmente aprobados.

Por otra parte, el 10 de noviembre de 2010, el Consejo de la CNC acordó el archivo de la operación Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+ por desistimiento de los notificantes.

3. Mercados afectados

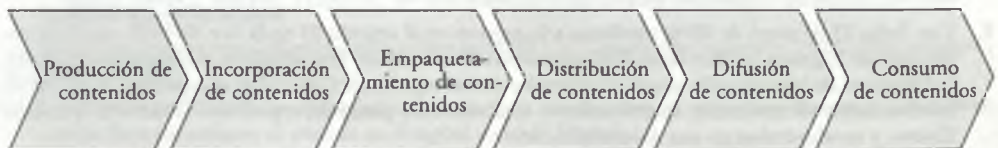
3.1. Visión global de los mercados afectados y la interrelación de los mismos

Si atendemos exclusivamente a la actividad principal de las empresas objeto de toma de control, en una primera aproximación podría considerarse que ambas operaciones de concentración, junto con los acuerdos cooperativos firmados entre las empresas implicadas, son susceptibles de tener efectos negativos para la competencia en los mercados de televisión y publicidad televisiva, tanto en abierto como de pago.

Sin embargo, cuando se analiza de una manera más amplia la actividad de los diferentes intervinientes y si se tiene en cuenta que se encuentran verticalmente integradas y participan en todos los mercados relacionados con el negocio audiovisual, ya sea como oferentes o demandantes, se constata que se encuentran afectados la práctica totalidad de mercados de la cadena de valor del sector audiovisual, así como otros mercados relacionados con estos.

En el análisis de estas operaciones, la aproximación a la definición de los mercados se ha realizado siguiendo, en un sentido descendente, toda la cadena de valor del sector audiovisual, que comienza con la producción de contenidos y termina con el consumo o visionado de los mismos por los telespectadores.

Cadena de valor del sector audiovisual



A partir de este modelo conceptual la CNC distinguió los siguientes mercados relevantes, todos ellos con ámbito geográfico nacional:

(i) Mercados de producción de contenidos audiovisuales

La cadena de valor comenzaría por las actividades de creación y producción de los contenidos (especialmente películas, series, deportes, noticias, etc.) que posteriormente formarán parte de los distintos canales de televisión. Los operadores de televisión suelen estar verticalmente integrados en especial en televisión en abierto, produciendo contenidos para uso propio, encargando contenidos específicos a terceros, o cofinanciando producciones bajo la modalidad de co-producción.

(ii) Mercados de comercialización de contenidos

Los derechos sobre los contenidos producidos son habitualmente vendidos a terceros directamente por el productor o a través de un distribuidor independiente. Se han distinguido diferentes mercados de comercialización de contenidos según la naturaleza del contenido y, en el caso de películas, según las diferentes ventanas de emisión.

Igualmente, los contenidos son comercializados en mercados diferenciados según las modalidades de retransmisión (pago o abierto), según su carácter exclusivo o no exclusivo, o atendiendo a las diferentes plataformas de distribución (terrenal, cable, satélite, Internet, móvil).

En cuanto a la oferta han de distinguirse las grandes productoras americanas o *majors* con un elevado poder de negociación, de las productoras internacionales más pequeñas y las nacionales que cuentan con menor margen de actuación en las negociaciones con las televisiones.

En cuanto a la demanda, los principales adquirentes suelen ser los operadores de televisión, con la excepción de los derechos de fútbol, donde se ha desarrollado un modelo de puesta en común de derechos, introduciendo una nueva etapa en la cadena de valor de estos contenidos.

Entre los operadores de pago, encontramos dos modelos: el de Digital+ que ha sido el principal adquirente de contenidos exclusivos al objeto de desarrollar una programación que pudiera atraer a clientes de elevada propensión al gasto. Por otra parte, el resto de plataformas de televisión de pago (operadores de cable, Telefónica-Imagenio, etc.), vinculadas a operadores de telecomunicaciones, que empaquetan ambos tipos de servicios y prácticamente no invierten en contenidos exclusivos, sino que se nutren de canales temáticos no exclusivos y emisiones no lineales en pago por visión de eventos deportivos y películas, también en régimen de no exclusividad.

Las televisiones en abierto registran niveles de gasto menores en adquisición de derechos a terceros, en general con contenidos exclusivos centrados en series, películas y eventos deportivos.

(iii) Mercados de edición y comercialización de canales de televisión

Los contenidos son posteriormente empaquetados para producir canales, pudiendo diferenciarse mercados de edición y comercialización de canales. No obstante, algunos contenidos pueden ser objeto de explotación directa, sin su empaquetamiento dentro de canales, por ejemplo en modalidades de televisión de pago no lineales como el pago por visión.

Atendiendo al tipo de contenido incluido en los canales podríamos diferenciar entre canales Premium y canales temáticos para la televisión de pago, y canales generalistas para televisión en abierto. Los canales Premium, con contenidos de mayor atractivo o más novedosos se han venido explotando en exclusiva mayoritariamente por Digital+, mientras que los canales temáticos son comercializados por sus editores a todos los operadores de televisión de pago en régimen de no exclusividad.

Con el empaquetamiento finaliza la fase que podría llamarse de creación de los contenidos, para comenzar la fase de distribución y visionado.

(iv) Mercados de televisión

Los operadores de televisión adquieren derechos sobre canales y contenidos individuales, y se encargan de su distribución a los usuarios finales.

Para la difusión de sus contenidos, los operadores de televisión necesitan utilizar alguna plataforma tecnológica para su distribución a los usuarios (terrenal, satélite, cable/IP-TV, móvil, Internet).

Los operadores de televisión en abierto (TDT) utilizan por imperativo legal la distribución por redes terrenales hertzianas. Digital+ ha optado por la distribución por satélite. En ambos casos estos medios de distribución ofrecen una cobertura territorial casi universal, pero presentan la desventaja de no permitir la interactividad o el empaquetamiento con otros servicios. Estos operadores de televisión no están integrados con la etapa de distribución y contratan la difusión con terceros operadores de las correspondientes redes de telecomunicación.

Por el contrario, los operadores de telecomunicaciones de redes fijas (cable, IP-TV) y móviles, se han constituido en operadores de televisión de pago que aprovechan sus propias redes para comercializar de forma empaquetada servicios de televisión de pago junto a los servicios de comunicaciones electrónicas.

Los operadores de televisión en abierto distribuyen sus contenidos de manera gratuita, monetizando el valor económico de la audiencia a través del merca-

do de la publicidad televisiva. En el caso de la televisión de pago, los operadores comercializan estos contenidos a sus clientes mediante plataformas de televisión de pago basadas en sistemas de acceso condicional, ofreciéndoles diferentes paquetes y precios. La televisión de pago se caracteriza por obtener sus ingresos a través de las cuotas de los abonados, por lo que generalmente necesita contar con contenidos más atractivos que la televisión en abierto, sin publicidad o con publicidad muy limitada.

Por otro lado, la capacidad de las plataformas de televisión en abierto y de televisión de pago para la difusión de canales y programas por los operadores de televisión es a su vez susceptible de comercialización. Los operadores de televisión de pago actúan aquí como oferentes de capacidad para permitir la distribución de canales operados por terceros, y como demandante en particular de los canales en abierto que se retransmiten en las plataformas de televisión de pago. Tradicionalmente las plataformas de televisión en abierto no estaban presentes en estos mercados. Sin embargo, tras la introducción de la TDT y de las consiguientes modificaciones legales, se ha iniciado un mercado secundario de la capacidad de emisión de canales de TDT por parte de los licenciarios de este servicio.

Por todo lo anterior, dentro del sector de la televisión, la autoridad de competencia ha diferenciado los mercados de la televisión de pago, la televisión en abierto, la televisión móvil y el mercado de la publicidad en televisión.

Digital+ es líder indiscutible de la televisión con un 64,4 % de cuota de mercado de ingresos en 2010, seguido de Ono con un 13,3 % y Telefónica con un 11,9 %. Digital+ ha ido perdiendo cuota de mercado en los últimos años principalmente a favor de Telefónica que es el operador que más ha crecido.

En cuanto a la televisión en abierto, la introducción de la televisión digital terrestre (TDT) ha representando una notable multiplicación de la oferta, tanto en el número de programas disponibles como en la entrada de nuevos operadores al mercado, si bien los incumbentes TVE, Telecinco, y Antena 3 mantienen todavía un liderazgo de audiencia respecto de los nuevos entrantes.

La televisión móvil es un mercado emergente que por sus características es difícilmente sustitutivo de otras modalidades televisivas.

En cuanto al mercado de la publicidad televisiva, se ha visto afectado por la fragmentación de las audiencias derivada de la multiplicación de la oferta consecuencia de la TDT y por la desaparición de la publicidad en TVE desde enero de 2010.

(v) Mercado de publicidad en televisión

En la medida en que la publicidad en televisión es un canal publicitario indispensable para un número significativo de anunciantes, la CNC ha considerado que no existe suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda con otros

medios publicitarios (como radio, prensa escrita, Internet, etc.) como para definir un mercado de publicidad más amplio.

Por otra parte, la CNC concluye que toda la publicidad emitida en televisión forma parte del mismo mercado, con independencia de que sea en abierto o de pago, si bien el nivel de audiencia de la televisión de pago es menor, aunque a cambio la saturación publicitaria es mucho menor y el perfil de la audiencia está más definido y tiene, por lo tanto, mayor valor publicitario.

(vi) Mercados de comunicaciones electrónicas

El empaquetamiento de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas con televisión de pago, especialmente en ofertas de triple play (telefonía fija, acceso a Internet y televisión de pago) y cuádruple play (incluyendo además telefonía móvil), se ha constituido en un elemento competitivo importante. Por ello, la operación de concentración de Digital+ también afectaría al sector de las comunicaciones electrónicas.

Dicho de otro modo, la disponibilidad de una oferta de televisión de pago con contenidos audiovisuales atractivos se configura como una variable estratégica para la captación de clientes de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas. Una variable competitiva que afecta precisamente al segmento de clientes con un mayor poder adquisitivo y con mayor propensión de gasto y, por lo tanto, de mayor valor para los operadores.

La fuerte presencia de Telefónica en los diferentes mercados de comunicaciones electrónicas ha condicionado de manera muy importante el análisis de la operación de concentración de Digital+ y el resultado final de la misma, teniendo cuenta el hecho de que estos mercados tienen una relevancia económica muy superior a los mercados de servicios audiovisuales primariamente afectados por la toma de control de Digital+.

3.2 Cuestiones destacables en cuanto a la definición de mercados

Como se ha señalado en la introducción, los autores consideran que sería conveniente centrarse en mayor profundidad en dos elementos relativos a los mercados analizados, el funcionamiento del mercado de la publicidad y el elemento novedoso de la definición de un mercado de la televisión en abierto diferente del mercado de la publicidad.

3.2.1 Aspectos relevantes del funcionamiento del mercado de la publicidad televisiva

El mercado de la publicidad en televisión presenta unas singulares características de funcionamiento que en términos prácticos implican que no es aplicable la mera aritmética de la suma para evaluar la integración de dos operadores como la que se produce en la concentración Telecinco/Cuatro.

Estas características, que se resumen a continuación, han condicionado sin duda de manera importante el análisis de la operación y los compromisos con los que fue autorizada.

Como cuestión inicial, procede señalar que la capacidad para captar ingresos publicitarios en televisión depende de dos factores específicos fundamentales, la audiencia y el *target*.

La relevancia de la audiencia resulta casi inmediata, y no merece mayor aclaración la relación directa entre la audiencia de un programa y el valor de los espacios publicitarios u otras formas de comunicación comercial (patrocinio, emplazamiento de productos, etc.) insertados en dicho programa.

El segundo de los factores que definen el precio de la publicidad es el *target*, o grupo social al que se dirige el mensaje publicitario, y que viene condicionado por el contenido de la programación y horario en el que se insertará el mensaje publicitario. Obviamente los anunciantes, en función del tipo de producto o servicio que deseen publicitar, tendrán un público objetivo distinto para sus campañas. Tradicionalmente se han definido cinco *targets*, un *target* general de población mayor de 4 años, y cuatro *targets* más específicos que se corresponden con adultos, amas de casa, jóvenes de 13-24 años, y niños de 4-12 años.

Para medir la relación entre audiencia y publicidad se utiliza el GRP,⁹ una medida relativa de los impactos publicitarios deseados, utilizada habitualmente para contratar la publicidad.

El precio por GRP en cada *target* es diferente, siendo en general más valioso para aquellos colectivos más específicos y con mayor poder adquisitivo. Por ejemplo, los *targets* de público general y el de amas de casa son los que tradicionalmente presentan unos menores precios por GRP.

Por otra parte, el precio de un GRP de cada *target* no es directamente proporcional a la audiencia, sino que aumenta en mayor proporción que el aumento de la audiencia.

La venta de espacios publicitarios en este mercado se realiza principalmente a través de venta a coste por GRP donde el anunciante compra un volumen de

9. Gross Rating Point, medida de la audiencia publicitaria de un medio que equivale a un uno por ciento del universo potencial total de la audiencia. GRP es un término genérico que puede calcularse sobre el universo o *target* de audiencia que se desee, y en el caso de la publicidad en televisión suele venir referido a un anuncio de 20 segundos de duración. Un mismo número de GRP puede obtenerse en medios de alta cobertura con un menor número de repeticiones del anuncio, y en medios con una cobertura baja del *target* comercial será necesario repetir el anuncio un mayor número de veces.

audiencia para un *target* específico, contratando un número de GRP y negociando un precio unitario por GRP efectivamente conseguido, para lo cual se hace un seguimiento de la información de audiencia suministrada por empresas independientes especializadas en su medición.

Pongamos el ejemplo muy simple, de un anunciante con un producto cuyo *target* sean los niños de 4-12 años, y que desea alcanzar un impacto publicitario del 100 GRP (es decir, tener un número de impactos equivalente al 100 % de niños). Para alcanzar dicho objetivo podría contratar 5 anuncios en programas infantiles en una cadena con el 20 % de audiencia infantil, o 10 anuncios en una cadena con el 10 % de audiencia.

De aplicarse un criterio puramente proporcional a la audiencia, el precio de ambas campañas sería idéntico. No obstante, en la práctica el precio de la primera campaña sería superior. La razón de ello es que para el anunciante tienen más valor llegar a una base más amplia de individuos que conozcan su producto, evitando además el posible efecto negativo de la saturación publicitaria, así como llegar a la misma de forma rápida, para aumentar la efectividad de la campaña publicitaria.

En nuestro ejemplo anterior, suponiendo para simplificar una situación extrema en la que existiese una fidelidad total de las audiencias, en el primer caso un 20 % de la audiencia televisiva infantil habría recibido el mensaje publicitario cinco veces, mientras que en la segunda solamente conocerían de la existencia del producto el 10 %, la mitad de individuos que en el caso anterior, eso sí con 10 mensajes publicitarios cada uno de ellos.

En la negociación del precio influye asimismo la configuración de la campaña con aspectos como los horarios de emisión de la campaña (*prime time*, nocturno, tarde, etc.) o el posicionamiento de los anuncios dentro de las interrupciones publicitarias.

La medida de la relación entre audiencia y precio de la publicidad se obtiene utilizando el *power ratio*.¹⁰ El valor de este parámetro depende, por lo tanto, de dos factores fundamentales: por una parte de la audiencia de la cadena y por otra del *target*, ambos definidos en última instancia por el contenido de la programación. El *power ratio* crecerá con la audiencia y con los *targets* más valiosos (adultos, niños).

La cadena de televisión procurará maximizar su *power ratio* buscando una programación que optimice la variable audiencia-*target*.

En la tabla siguiente,¹¹ puede apreciarse la existencia de diferencias notables en los *power ratio* de las principales cadenas. En 2010 el precio por GRP en la

10. Indicador de eficiencia de la cadena desde el punto de vista de su atractivo publicitario. Se define como el cociente entre la cuota de mercado de los ingresos de la cadena y el *share* de audiencia de la misma.

11. Tabla tomada del Informe de segunda fase de la operación de concentración Telecinco/Cuatro.

cadena con mayor *power ratio* llegaba a ser 2,3 veces superior a la de menor *power ratio*.

AUDIENCIA Y <i>POWER RATIO</i> TELEVISIÓN EN ESPAÑA						
	2009		2010(1T)			
	<i>Share</i>	<i>Power ratio</i>	<i>Share</i>	<i>Share sin TVE</i>	<i>Power ratio con TVE</i>	<i>Power ratio sin TVE</i>
TVE	20,20 %	0,89 %	21,30 %	-	-	-
Telecinco	15,10 %	1,70 %	14,90 %	18,93 %	2,23 %	1,75 %
Antena 3	14,70 %	1,68 %	12,50 %	15,88 %	2,30 %	1,81 %
Cuatro	8,20 %	1,27 %	6,80 %	8,64 %	1,77 %	1,40 %
La Sexta	6,80 %	1,24 %	6,50 %	8,26 %	1,58 %	1,25 %
Autonómicas	13,00 %	0,76 %	12,10 %	15,37 %	0,99 %	0,78 %
Telecinco + Cuatro	23,30 %	1,55 %	21,70 %	27,57 %	2,08 %	1,64 %

Fuente: Informe de la segunda fase de la operación de concentración Telecinco/Cuatro

Como se ha comentado, el *power ratio* no guarda una relación linealmente proporcional con la audiencia, sino que el precio por GRP crece de manera exponencial a medida que crece la audiencia.

Por otro lado, existe un tercer parámetro que afecta al *power ratio* y es la fragmentación de la audiencia. Es un hecho constatado en el mercado de la publicidad que la fragmentación de la inversión publicitaria es siempre menor que la fragmentación de la audiencia. Dicho de otro modo, en un escenario de audiencias muy fragmentadas, la inversión publicitaria se concentra en aquellas cadenas que obtienen mayor cuota de pantalla, y dicha diferencia crece a medida que la diferencia de audiencias es mayor entre las cadenas de mayores cuotas y el resto de operadores del mercado.

En el año 2005, en un escenario en que la oferta de publicidad en televisión se limitaba a TVE, Antena 3, Telecinco y las autonómicas, el *power ratio* de Antena 3 era de 1,36 con una audiencia del 22 % y el de Telecinco de 1,38 para un 21 % de audiencia.

En un escenario de fragmentación de las audiencias como consecuencia de la aparición de nuevas ofertas televisivas el *power ratio* de ambas cadenas privadas seguía creciendo. En el año 2007 ambas cadenas superaron por primera vez un *power ratio* de 1,5. Como se observa en el cuadro anterior, en 2009 alcanzaron valores de 1,70, creciendo por encima de 1,75 en el primer trimestre de 2010, y de 2,2 si se considera el efecto de la desaparición de la publicidad en TVE.

En la práctica, en un entorno de fragmentación de audiencias, los espacios publicitarios en las cadenas líderes constituyen un elemento cada vez más esencial e insustituible para los anunciantes.

Esta circunstancia no es más que un reflejo de una competencia imperfecta en el mercado televisivo, y los efectos derivados de los costes de transacción de contratar campañas publicitarias en múltiples medios.

No debemos olvidar que en el caso de la televisión en abierto emitida a través de la TDT, existe una barrera absoluta de entrada al mercado de tipo regulatorio que limita la oferta de programas como consecuencia de las restricciones en el espectro radioeléctrico disponible para este servicio. Por otra parte, hemos de recordar la existencia de límites legales¹² en cuanto a la ocupación publicitaria, que añaden un segundo elemento a la rigidez de la oferta, habiendo alcanzado las cadenas más importantes tasas de ocupación publicitaria muy cerca de los máximos legales.

La introducción de la TDT en España ha representado una importante multiplicación de la oferta de canales de televisión en abierto. Ello se ha traducido en la práctica en que los operadores de televisión ya presentes en el mercado han visto pasar de uno a cuatro los canales que gestionan, y en la entrada en el mercado de nuevos competidores, con cuotas de audiencia muy bajas en su primera etapa de acceso al mercado. Esta situación ha provocado una caída progresiva de la audiencia de los canales y al mismo tiempo un incremento del *power ratio* de las cadenas líderes por el efecto antes señalado.

En este escenario, los operadores tradicionales han adoptado estrategias¹³ de comercialización empaquetada de la publicidad de sus canales que buscan extender el valor del *power ratio* de su canal principal (producto vinculante) a los nuevos canales de TDT que gestionan (producto vinculado), o incluso aplicar modelos que conlleven la agregación de las audiencias de todos sus canales al objeto de incrementar el *power ratio* total de la cadena.

Al mismo tiempo, algunas cadenas con mayores cuotas de audiencia han suscrito acuerdos¹⁴ de gestión de la publicidad de los canales de televisión de algunos de los nuevos operadores con el objeto de maximizar el *power ratio* del conjunto de programas.

Dichos modelos de comercialización de espacios publicitarios limitan en muchos casos la libertad de los anunciantes a la hora de decidir cómo distribuir su inversión en publicidad entre los distintos canales. Por otra parte, en los casos

12. Límite absoluto de 12 minutos de publicidad por hora (Véase artículo 14 de la Ley 7/2010, General de la comunicación audiovisual)

13. Por ejemplo comercialización simultánea de espacios publicitarios en los diferentes programas bajo un modelo de «pauta única», o venta de espacios publicitarios agrupados por *targets* de audiencia en paquetes que incluyen varios canales

14. Algunos de estos acuerdos han sido objeto de actuación por la CNC como es el caso del expediente S/0245/ Antena3/Veu TV/Disney Channel.

de venta empaquetada, se está observando que el coste por GRP de los canales de menos audiencia se está homogeneizando con el del canal principal de la cadena.

En este contexto, debe valorarse la operación de concentración Telecinco/Cuatro, puesto que, como ha quedado señalado, la dinámica del mercado de la publicidad en televisión implica que los efectos de las operaciones de concentración de operadores de televisión, desde el punto de vista del mercado de la publicidad, se ven incrementados de manera más que proporcional a lo que resultaría de una mera agregación de cuotas de mercado, como consecuencia de la existencia del *power ratio*, y las estrategias de los operadores para maximizar dicha variable.

En la medida en que la audiencia guarda una relación muy directa con la programación, el acceso a los derechos sobre determinados contenidos resulta una variable con un impacto directo e inmediato sobre los ingresos publicitarios de las cadenas de televisión en abierto, amplificando el efecto antes descrito.

Para el conjunto del mercado de la publicidad en televisión la cuota de Telecinco/Cuatro obtenida por mera agregación sería del 45,3 %, tal y como queda reflejado en el cuadro siguiente.¹⁵ Dicha cuota para el mercado de publicidad de ámbito nacional sería del un 50 %, ¹⁶ frente a un 31,8 % de Antena 3 y un 11,4 % de La Sexta.

Tras la operación de concentración Telecinco/Cuatro, dichas cuotas agregadas podrían verse incrementadas en caso de la adopción de estrategias encaminadas a la comercialización conjunta de espacios publicitarios, al objeto de maximizar el *power ratio* de la audiencia agregada del conjunto de canales, y como consecuencia del aumento de la diferencia de audiencia con sus competidores.

3.2.2 La definición del mercado de televisión en abierto

Desde el punto de vista de la definición de los mercados, el elemento que, a juicio de los autores, podría resultar más interesante es el que se refiere a la diferenciación entre el mercado de televisión en abierto y el mercado de la publicidad en televisión.

De manera tradicional, muchos de los precedentes de aplicación del derecho de la competencia a esta clase de servicios habían definido como mercado de referencia únicamente el mercado de comercialización de espacios publicitarios.¹⁷

15. Cuadro tomado del Informe de segunda fase de la concentración Telecinco/Cuatro

16. Estas cuotas tienen en cuenta que solo un 20 % de la publicidad en televisión de ámbito nacional compete con la publicidad emitida por las cadenas autonómicas.

17. Principales casos comunitarios relacionados con los mercados de la televisión en abierto http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&nace_code=99720

En la decisión de la concentración Bertelsmann/CLT, la Comisión Europea apuntaba ya la posible existencia de un mercado entre operadores de televisión y los telespectadores diferente del mercado de la publicidad.¹⁸

En el análisis de las operaciones de concentración Telecinco/Cuatro y Digital+, la autoridad española de competencia ha optado por definir la existencia de un mercado de la televisión en abierto diferente del mercado de publicidad en televisión.

En el presente artículo deseamos centrarnos en el análisis de esta circunstancia por novedosa, y por su posible repercusión en otros mercados como los de algunos servicios en Internet que siguen modelos de negocio similares a los de la televisión en abierto.

No acometeremos aquí la valoración de algunas de las cuestiones relacionadas con el propio mercado de la publicidad y a su posible segmentación en mercados diferenciados que han resultado controvertidas en el marco de las operaciones de concentración.

Aspectos como la segmentación del mercado de la publicidad en mercados diferenciados atendiendo a los diferentes soportes de la misma (televisión, radio, exterior, prensa escrita, etc.) o la valoración de las diferencias entre la publicidad en televisión en abierto y en televisión de pago han sido objeto de extensa valoración por la autoridad de competencia en el marco del procedimiento Telecinco/Cuatro, al cual nos remitimos.

Para valorar la cuestión relativa al mercado de la televisión en abierto es conveniente recordar que el objetivo del operador en abierto es maximizar y optimizar la audiencia y con ello maximizar el ingreso publicitario. Para ello el operador ha de realizar una serie de actuaciones. En primer lugar adquiere o produce contenidos televisivos, y mediante el empaquetado de dichos contenidos configura una programación. Posteriormente contrata con un operador de telecomunicaciones el servicio de difusión terrenal de los programas, para que sus contenidos sean consumidos por los telespectadores. Asimismo comercializa espacios publicitarios a los anunciantes, insertando los contenidos publicitarios dentro de la programación.

Dentro de este conjunto resumido de actividades podemos identificar los mercados de producción, comercialización de derechos sobre contenidos, trans-

En particular véase

Decisión de la Comisión de 20.09.1995 IV/M.553 - RTL/Veronica/Endemol (párrafos 20, 21 y 64) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m553_en.pdf

Decisión de la Comisión de 25.06.2008 Case No COMP/M.5121 - News Corp/Premiere (párrafos 13 y ss) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5121_20080625_20212_en.pdf

Decisión de la Comisión de 2.04.2003 Asunto nº COMP/M. 2876 - Newscorp/Telepiù (párrafos 20 a 22) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_es.pdf

Decisión de la Comisión de 12.03.2004 Case No COMP/M.3330 - RTL / M6 (párrafo 14) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3330_en.pdf

18. Decisión de la Comisión de 7/10/1996 Case No IV/M.779 - Bertelsmann / CLT (párrafo 15) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m779_en.pdf

porte y difusión de señales de televisión, y el mercado de la publicidad. La cuestión que se plantea es si en esta cadena de valor existe un mercado de producto, que responda a la actividad que de manera intuitiva podríamos asociar a un operador de televisión en abierto, que es la de configurar una programación atractiva para su consumo por los espectadores.

De una manera resumida los elementos más característicos de un mercado son: la existencia de un producto, de oferentes (vendedores), de demandantes (compradores), y de un precio y cantidad intercambiada.

En el caso de la televisión en abierto, el producto es la programación televisiva, los oferentes los operadores de televisión, los demandantes, los espectadores y la cantidad intercambiada el tiempo de consumo televisivo por parte de los espectadores medido a través de los sistemas de medición de audiencia.

En la televisión en abierto el acceso a la programación por los telespectadores no exige la existencia de un contrato escrito con el operador de televisión, ni exige el pago de una contraprestación pecuniaria, lo que origina un elemento de confusión en este mercado en cuanto a la existencia de precio.

La relación que se produce entre un operador de televisión en abierto y sus espectadores presenta un indudable contenido económico. Aunque el acceso al servicio de televisión por parte de los espectadores no implica un pago pecuniario no quiere decir ello que el servicio sea gratuito, es decir, que no exija una contraprestación por parte del espectador.

El operador de televisión ofrece una programación que en muchos casos presenta un coste muy importante. El espectador que desee acceder a dicha programación se ve obligado al visionado de un determinado número de minutos de mensajes publicitarios como contraprestación o precio a satisfacer a cambio del acceso a los contenidos del servicio de televisión.

En el mercado de la televisión en abierto los operadores de televisión venden programación y contenidos televisivos a sus espectadores a cambio de minutos de consumo de espacios publicitarios. Este sería un mercado ascendente al mercado de la publicidad en el que los operadores de televisión venden a los anunciantes minutos de consumo de espacios publicitarios por parte de la audiencia.

Nos encontraríamos, por lo tanto, en un mercado que podría denominarse de trueque, en el que se intercambian dos productos con un valor económico indudable.

Para acreditar el valor económico de la programación, baste con analizar el caso de la televisión de pago en la que los espectadores están dispuestos a satisfacer un pago pecuniario a cambio de tener acceso a unos contenidos televisivos, eso sí, sin publicidad o con una publicidad muy limitada.

Tampoco puede cuestionarse el valor económico del consumo de mensajes publicitarios por los espectadores, como lo demuestra su inmediata conversión a dinero mediante su comercialización a los anunciantes en el mercado de la publicidad.

Fijada esta definición del elemento precio (tiempo de consumo de mensajes publicitarios) y las demás características del mercado de la televisión en abierto, no resulta difícil aplicar la metodología estándar para la definición de mercado de referencia en materia de competencia.

Así, podemos analizar la elasticidad de la demanda ante variaciones en el «precio» y valorar otros productos que podrían pertenecer al mismo mercado mediante un análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda.

La multiplicación en la oferta de televisión en abierto y la entrada de nuevos competidores en el mercado español como consecuencia de la implantación de la TDT, así como la desaparición de la publicidad en TVE, han ofrecido un escenario inestimable para el análisis empírico de las características del mercado de la televisión en abierto.

El 1 de enero de 2010 TVE dejaba de emitir publicidad en su programación, lo que implica la real gratuidad del servicio de televisión en abierto por parte de un operador, o lo que es lo mismo, precio cero en cuanto a consumo de publicidad por los espectadores. En diciembre de 2009 TVE alcanzó una audiencia del 16,50 %, para subir 2,10 puntos hasta el 18,60 % en enero de 2010 tras eliminar la publicidad de su programación, poniendo de manifiesto la existencia de una elasticidad demanda/precio limitada pero existente.

Nos encontramos, en el caso de la televisión en abierto, con una situación que podría considerarse similar a la que se produce en muchos de los servicios prestados a través de Internet, tales como servicios de búsquedas, correo electrónico, acceso a contenidos multimedia (música, videos, etc.), o incluso los servicios ofrecidos por las denominadas redes sociales.

Los internautas reciben muchos de los servicios de manera «gratuita» o al menos sin una contraprestación monetaria. Pero, a diferencia de la televisión en abierto, en el caso de los servicios de Internet los usuarios no solo asumen como «precio» o contrapartida la emisión de mensajes publicitarios en las diferentes formas en las que son presentados, sino que asumen también una cesión de información individualizada y de carácter personal sobre preferencias, hábitos de consumo, etc.

En el caso de Internet el proveedor de servicios puede disponer de un control más o menos individual y concreto de la actividad de cada uno de los usuarios y elaborar un perfil, consiguiendo con ello una eficacia mucho mayor en la personalización y discriminación del mensaje publicitario, y un conocimiento más preciso de sus comportamientos.

El grado de detalle del perfil personal es diferente según el tipo de servicio de que se trate. En el caso de los servicios proporcionados por buscadores o servicios de acceso a repositorios de vídeos o música, este conocimiento se obtiene a partir del perfil de navegación. En el caso del correo electrónico o servicios de mensajería, donde el usuario está identificado, el proveedor dispone de información más detallada a partir del análisis automatizado del contenido de los mensajes. En el caso de las redes sociales el proveedor del servicio

dispone de un conocimiento todavía más detallado del perfil de cada uno de sus usuarios.

En los recientes casos de competencia iniciados en el ámbito de los servicios de Internet y en particular en el de los servicios de búsquedas, las autoridades de competencia se verán obligadas a realizar un análisis de mercados cuyas características corresponden con mercados de trueque como el que caracteriza a la televisión en abierto, debatido en los párrafos anteriores.

4. Problemas de competencia y compromisos que los resuelven

Si se tiene en cuenta la evolución tecnológica y competitiva reciente de los mercados afectados, las operaciones de concentración analizadas en este artículo suponen para las empresas implicadas una oportunidad para reforzar sus posiciones competitivas, tanto en los mercados de televisión como en los mercados conexos.

Digital+ es el único operador que no ofrece paquetes de televisión de pago con servicios de comunicaciones electrónicas propios. Esto en parte se deriva de la imposibilidad tecnológica y económica de ofrecer servicios de acceso de banda ancha y de telefonía fija a través del satélite.

En cuanto a Telefónica, aunque sí dispone de ofertas empaquetadas, tiene la desventaja frente a la plataforma satelital de que no puede acceder a toda la población, además de no contar con contenidos Premium, por no disponer de una base de abonados que le permita contar con suficiente poder negociador en los mercados de contenidos audiovisuales, ni con las suficientes economías de escala como para permitir rentabilizar su coste.

Por otro lado Telecinco, ante la incertidumbre provocada por los cambios regulatorios y tecnológicos recientes, que conlleva, entre otros efectos, fragmentación de audiencias, mayor competencia con los canales de pago por contenidos, junto con la salida de TVE del mercado de publicidad, busca afianzar su posición no solo en los mercados de publicidad y de televisión en abierto, sino también en el mercado de adquisición de contenidos.

Sin embargo, desde el punto de vista de la autoridad de competencia, es preciso determinar a partir de qué punto las acciones emprendidas por las partes implicadas a la hora de aprovechar las oportunidades comerciales que se le presentan chocan con la necesidad de garantizar el mantenimiento de competencia efectiva preexistente en los mercados.

En los siguientes apartados se pretende ofrecer una versión resumida pero concisa de los obstáculos al mantenimiento de la competencia que la CNC ha detectado en cada una de las operaciones de concentración en el sector audiovisual y de comunicaciones electrónicas en España.

En cuanto a la operación Telecinco/Cuatro, se pretende a la vez que se identifica cada problema de competencia, describir los compromisos asumidos por Telecinco y aprobados por la CNC para hacer frente al mismo.

Con respecto a dichos compromisos, es importante apuntar que a la hora de hacer un análisis de la adecuación de los mismos, en términos de suficiencia y proporcionalidad, para eliminar los posibles obstáculos a la competencia identificados en la operación Telecinco/Cuatro en los distintos mercados, los mismos no deben de ir más allá de mantener la competencia efectiva preexistente a la operación y, por lo tanto, únicamente deben ir dirigidos a compensar los efectos que produce la desaparición de Cuatro como competidor independiente, aunque teniendo en cuenta los efectos que puede tener la adquisición de control de Digital+ por Telecinco.

Asimismo también es relevante señalar que los compromisos constituyen un conjunto, es decir que solo su aplicación simultánea garantiza su efectividad para resolver los problemas de competencia detectados por la CNC.

4.1. Telecinco/Cuatro

Como ha quedado patente en los apartados anteriores, como consecuencia de la adquisición de Cuatro por Telecinco, en el **mercado de publicidad en televisión** desaparece Cuatro como competidor independiente, mercado que, como se ha señalado en el apartado anterior, se encuentra ya de por sí bastante concentrado, con una oferta rígida y afectada por circunstancias como la fragmentación de la audiencia, la desaparición de TVE como oferente y la firma de acuerdos de gestión conjunta de publicidad entre algunos de los operadores de televisión.

El riesgo para la competencia que produciría esta desaparición no proviene tanto de la presión competitiva que Cuatro pudiera ejercer sobre Telecinco, como del poder de mercado que obtendría Telecinco con la operación y la gestión conjunta que previsiblemente realizaría de la publicidad de los canales de televisión de Telecinco y Cuatro.

Así, con una cuota de mercado en términos de ingresos superior al 40 %, y un nivel de audiencia de aproximadamente un 20 %, la gran mayoría de anunciantes no podría prescindir del grupo Telecinco a la hora de diseñar su *marketing mix* en televisión, al no existir alternativas significativas. Es decir, un número significativo de anunciantes no podría llegar a su público objetivo, en un espacio corto de tiempo, con ningún otro operador de televisión en abierto.

Para hacer frente al anterior **efecto horizontal unilateral** se han aprobado una serie de compromisos encaminados a garantizar que los clientes tengan *de facto* la posibilidad real de seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión del nuevo grupo Telecinco.

Por este motivo, los dos primeros compromisos, de no comercializar mediante una misma oferta comercial la publicidad de los dos canales de televisión de mayor audiencia de entre los que gestiona, y de no desarrollar políticas comerciales que supongan la venta vinculada a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales, garantiza a los anun-

cientes una capacidad mínima de elección entre las distintas ofertas de publicidad televisiva.

Asimismo, para evitar que Telecinco vacíe de contenidos su segundo canal de mayor audiencia, previsiblemente Cuatro, al primer compromiso se añade la condición adicional de que la audiencia conjunta de los canales de televisión incluidos en cada paquete comercial no sea superior al 22 %.

Para reforzar los anteriores compromisos, Telecinco se compromete en el tercer remedio a romper sus acuerdos de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros y a no firmar nuevos contratos.

Para hacer frente a los efectos en el mercado de publicidad en televisión en el caso de que Telecinco adquiera vínculos estructurales con Prisa y Telefónica en Digital+, en el cuarto y quinto compromiso Telecinco se compromete, en su caso, a no comercializar conjuntamente publicidad con soportes publicitarios gestionados por las demás partes y a aplicar a sus socios condiciones de mercado si le contratan publicidad.

Adicionalmente, podría existir un riesgo de que se produzcan **efectos coordinados negativos**, dado que las operaciones de concentración pueden posibilitar y reforzar los incentivos de Telecinco y Antena 3 a actuar como una unidad económica en la publicidad televisiva en España, con una cuota conjunta de entorno al 75 %. Los operadores se verían favorecidos por un mercado muy transparente y simétrico, ya que Telecinco y Antena 3 siguen estrategias de comercialización parecidas y tienen *power ratios* muy similares, así como con incentivos para salvaguardar la colusión tácita dada la existencia de mecanismos de retorsión eficaces principalmente vía precios.

En este sentido, los compromisos anteriormente descritos relativos al mercado de publicidad pretenden, asimismo, crear una asimetría en las políticas comerciales de Telecinco y Antena 3, lo que unido a que se dificulta que Prisa y Telefónica actúen como mecanismo de represalia, lleva a compensar los efectos horizontales coordinados que genera la operación de concentración.

Por otro lado y para limitar un fortalecimiento del grupo Telecinco en el **mercado de la televisión en abierto**, que pueda limitar el desarrollo de los canales de TDT en abierto alternativos, están dirigidos el noveno compromiso, mediante el cual Telecinco se compromete a no ampliar su oferta de canales de TDT mediante el arrendamiento de la capacidad de emisión correspondiente a licencias de otros múltiples y el undécimo remedio, en el cual Telecinco se compromete a no bloquear las mejoras de calidad de los canales de televisión con los que la entidad resultante comparte múltiples de TDT hasta 2015.

Por último, en el caso de que Telecinco confirme su presencia como accionista de control de Digital+, asume en el décimo compromiso mantener la política actual de cesión gratuita a las plataformas de televisión de pago que tengan sistemas de medición de audiencia, siempre que sus canales de televisión sean distribuidos por las plataformas de televisión de pago de Digital+ o Telefónica. Este remedio trata de evitar que Telecinco utilice su reforzamiento en el mercado

de televisión en abierto para distorsionar la competencia del mercado de televisión de pago.

En lo que se refiere a los **efectos verticales**, estos tendrían lugar en los **mercados de comercialización de contenidos** como resultado del reforzamiento de la posición de Telecinco como adquiriente de contenidos para la televisión en abierto, que serían todavía más preocupantes si se materializase la adquisición de control conjunto de Digital+ por parte de Telecinco, Telefónica y Prisa, puesto que la posición negociadora conjunta resultaría irreplicable por terceros operadores de televisión.

Así, el tercer bloque de compromisos va dirigido a resolver los problemas de competencia detectados en el mercado de contenidos audiovisuales por el refuerzo de la posición negociadora de Telecinco.

Telecinco se compromete en el sexto de la lista de compromisos a limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos a tres años, sin incluir derechos de adquisición preferente o prórroga. De esta manera, se posibilita que los derechos exclusivos que haya adquirido o pueda adquirir salgan de forma periódica al mercado.¹⁹

Por otra parte, en el caso de que Telecinco junto con Prisa y Telefónica adquieran vínculos estructurales en Digital+ y para hacer frente a los efectos que generaría la coordinación de comportamientos competitivos en la adquisición de contenidos audiovisuales, en el séptimo y octavo compromiso Telecinco asume límites absolutos a su capacidad de compra de los contenidos audiovisuales más atractivos, cines y series de estreno de grandes estudios, por una parte, y los principales eventos deportivos, por otra.

Para evitar que Telecinco extienda su poder al **mercado de producción aguas arriba**, en el duodécimo compromiso Telecinco limita su capacidad para excluir a las productoras de televisión nacionales como oferentes de programas a competidores de televisión en abierto. De esta manera, aunque el mercado de producción nacional de programas televisivos tiene una oferta muy variada, se evita que Telecinco utilice sus vínculos con estas productoras para excluirlas totalmente del mercado.

4.2. Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+

En la medida en que la CNC llegó a estudiar en una primera fase los efectos potenciales sobre la competencia de la materialización de la operación de Digital+, los autores consideran que resulta de interés también realizar un breve

19. Se establece una excepción en relación con el periodo de explotación de las series y programas de entretenimiento individuales, que no se limita para no desincentivar la labor de desarrollo y promoción de Telecinco, y con las películas individuales que pueden explotarse durante un periodo de cinco años.

análisis de la misma, que desplegaría sus **efectos horizontales** principalmente en el **mercado de la televisión de pago** y sobre los **mercados de comunicaciones electrónicas**, al reforzarse la posición de Telefónica en los mismos. Efectos que no provienen tanto de la adición horizontal de cuotas, como de la pérdida de presión competitiva por parte de un operador bien posicionado para aumentar su cuota en los mercados afectados.

En España tradicionalmente la televisión de pago se ha venido ofreciendo vía satélite. Sin embargo, en los últimos años se ofrece a través de diversas plataformas tecnológicas (cable, TV-IP, TDT) que, utilizando ofertas empaquetadas de televisión con comunicaciones electrónicas, han ido erosionando poco a poco la posición de líder de Digital+.

Concretamente, el operador que ha registrado mayores tasas de crecimiento en el mercado de la televisión de pago en los últimos años y, por lo tanto, el competidor principal de Digital+, ha sido precisamente una de las empresas adquirientes, Telefónica.

Las notificantes alegaron que en términos de cuota de mercado y tipo de oferta televisiva, Telefónica no es un competidor tan relevante de Digital+. Sin embargo, lo cierto es que la presión competitiva que Telefónica ejerce sobre Digital+ en el mercado de televisión de pago va más allá de lo que reflejan sus cuotas de mercado, gracias a su significativa presencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, su mayor cobertura geográfica y su fortaleza financiera.

Por lo anterior, Telefónica es sin duda el competidor mejor posicionado para hacer frente a las barreras a la entrada derivadas de los costes de adquisición de contenidos, los costes de despliegue y gestión de una red de infraestructuras que permita dar servicios de televisión de pago, así como de los costes de captación y retención de clientes.

Otro de los posibles efectos perjudiciales de las operaciones en el mercado de televisión de pago es la pérdida de la presión competitiva potencial de Telecinco que derivaba de la introducción de la TDT de pago, y que se va a perder como consecuencia de los vínculos estructurales que genera el control conjunto de Telecinco sobre Digital+, así como de los acuerdos firmados, que en la práctica ceden a Digital+ los canales de TDT de pago.

De esta manera, las partes podrían poner en común sus estrategias competitivas en el mercado de televisión de pago en múltiples ámbitos, especialmente en los que se refieren a contenidos audiovisuales y disponibilidad de hasta tres plataformas tecnológicas de televisión de pago con una cobertura geográfica amplia y una gran base de clientes.

En definitiva, las operaciones a través de los vínculos estructurales generados y de los acuerdos que las acompañan resultarán en la configuración de una actuación conjunta en televisión de pago que generaría una posición competitiva irreplicable y apenas sujeta a presiones competitivas generando un efecto restrictivo sobre la competencia en el mercado de televisión de pago, que se

traducirá en una menor variedad de alternativas competitivas y en unos mayores precios para los consumidores finales de televisión de pago.

Por último, y teniendo en cuenta lo señalado anteriormente sobre la convergencia entre comunicaciones electrónicas, contenidos y servicios audiovisuales, tanto Digital+ como Telefónica tienen incentivos a extender su coordinación de comportamientos a las ofertas empaquetadas de Digital+ con los servicios de comunicaciones electrónicas de Telefónica, en la medida en que ello beneficia a Digital+ y Telefónica en el mercado de televisión de pago, y a Telefónica en los mercados de comunicaciones electrónicas, teniendo en cuenta la posición preeminente de estos operadores en estos mercados.

Por otro lado, la operación de Digital+ potencia, como ya se ha mencionado anteriormente, los efectos en los mercados verticalmente relacionados y también afectados por la operación Telecinco/Cuatro.

Así, otros posibles **efectos verticales**, además de los ya señalados en el apartado anterior en relación con el acaparamiento de contenidos audiovisuales atractivos por parte de las empresas implicadas, se pueden suscitar en relación con algunos **mercados aguas arriba**, como el de producción de contenidos audiovisuales o el de edición y comercialización de canales.

Esta restricción de la competencia se podría producir mediante la posible exclusión de terceros productores o editores de canales, que podrían no tener acceso (o tenerlo en condiciones onerosas) a una parte importante de la demanda representada por Digital+, Telefónica, Telecinco y Cuatro, que podrían pasar a cubrir sus necesidades de canales o producción de programas mediante la venta exclusiva entre las partes que intervienen en las operaciones de contenidos de producción propia, que hasta ahora se encontraban fuera del mercado.

5. Desistimiento de la operación de Digital+

Tal y como se ha señalado en la introducción, los autores estiman conveniente aclarar las razones para el archivo de la operación de adquisición de control conjunto sobre Digital+ por parte de Prisa, Telecinco y Telefónica.

Una vez notificado a las partes interesadas el Pliego de Concreción de Hechos que identificaba graves obstáculos a la competencia derivados de dicha adquisición de control conjunto y desestimados por la CNC los compromisos aportados por las partes, el 4 de noviembre de 2010, Prisa, Telefónica y Telecinco introducen modificaciones en sus acuerdos y pactos de accionistas que dan lugar al desistimiento de la operación y al archivo del expediente mediante resolución del Consejo de la CNC de fecha 10 de noviembre de 2010.²⁰

20. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0231/10&cambito=Concentraciones>

Para comprender porque a efectos de la autoridad de competencia la participación de Telefónica y Telecinco en Digital+ ya no se considera una adquisición de control conjunto y, por lo tanto, una concentración económica susceptible de notificación a la CNC para su autorización previa, es preciso poner de manifiesto lo que se entiende por control conjunto desde el punto de vista de la legislación de competencia.

Precisamente uno de los puntos de desacuerdo entre la CNC y las partes integrantes de la operación a lo largo de la tramitación del expediente versó sobre el papel que Telefónica y Telecinco desempeñarían en la gestión de Digital+.

Según la comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia,²¹ existe control conjunto cuando dos o más empresas tienen la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. Concretamente señala *«que el control conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Como consecuencia, estos accionistas deben llegar a un acuerdo para establecer la política comercial de la empresa en participación y se ven obligados a cooperar»*.²²

Por otro lado, en el caso de que haya más de dos empresas matrices, que sería el caso que nos ocupa, la comunicación añade que puede existir igualmente control conjunto *«cuando los accionistas minoritarios tienen derechos suplementarios que les permiten vetar decisiones capitales para la estrategia competitiva de la empresa en participación»*.²³

En este aspecto la CNC acreditó, como hemos puesto de manifiesto al describir anteriormente los obstáculos a la competencia, que las notificantes, a raíz de su capacidad para influir sobre la estrategia comercial y competitiva de Digital+ derivada de los derechos de veto concedidos en los pactos de accionistas firmados, tenían todos los incentivos a coordinar sus estrategias y a poner en común sus intereses en los distintos mercados en los que coinciden, así como a actuar de forma coordinada. Sin embargo, tras las modificaciones contractuales realizadas en noviembre de 2010, desaparece el control conjunto de Telefónica y Telecinco a efectos de control de concentraciones, ya que estas fueron introducidas con el objetivo de evitar esa capacidad de Telefónica y Telecinco de influir sobre asuntos estratégicos de Digital+.

Como señala la CNC, esta posibilidad de ejercer una influencia decisiva se plasmaría a través del Consejo de Administración de Digital+, donde Prisa nombraría a

21. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

22. Párrafo 62.

23. Párrafo 65.

seis consejeros, Telefónica a dos y Telecinco a los dos restantes. De cara a la aprobación de determinadas decisiones por el Consejo de Administración, se requeriría el voto favorable de nueve de los diez consejeros, lo que daría a cada uno de los accionistas derechos de veto sobre las mismas. Algunas de estas decisiones tendrían un carácter estratégico para Digital+, como la aprobación del plan de negocios y del presupuesto anual o la entrada de esta entidad en los mercados de telecomunicaciones, por lo que la posibilidad de su bloqueo conferiría una influencia decisiva sobre Digital+ a cada uno de los accionistas y, por tanto, el control conjunto.

Por otro lado, aunque Telefónica y Telecinco conservan determinados derechos de veto, se trata, tal y como señala la comunicación consolidada de la CE, de «derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación» y que «no confiere el control conjunto al accionista minoritario»,²⁴ en este caso no confiere a Telefónica y Telecinco influencia decisiva sobre Digital+.

Asimismo, se considera que tampoco existen indicios de que Prisa, Telefónica y Telecinco vayan a preservar un control conjunto *de facto* de Digital+, en la medida en que cada uno de estos accionistas no tiene una dependencia del resto.

Sin perjuicio de lo anterior, que no haya existido una operación de concentración no significa que los accionistas de Digital+ no puedan colaborar entre sí en el futuro, por lo que la CNC está especialmente atenta para que estas posibles actuaciones concertadas no contravengan lo establecido en la normativa de competencia.

6. Labor de vigilancia de la CNC

Sin embargo, no es suficiente con redactar y aprobar unos compromisos adecuados, como los que hemos descrito anteriormente para garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados afectados por la operación Telecinco/Cuatro, sino que lo verdaderamente determinante es poder contar con un mecanismo de vigilancia adecuado que permita garantizar la instrumentación y el efectivo cumplimiento de los remedios aprobados por la CNC.

Es decir, una vez aprobada la operación de concentración, da comienzo la imprescindible labor de vigilancia por parte de la CNC de los compromisos asumidos por Telecinco. Concretamente, el artículo 41 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia encomienda a la CNC la ejecución y el cumplimiento de la Resolución del Consejo que aprueba la operación de Telecinco/Cuatro con compromisos.

24. Párrafo 66.

En este aspecto los autores consideran que la CNC, en el marco del correspondiente expediente de vigilancia, se está mostrando vigilante y diligente en la supervisión y ejecución de los compromisos, como ponen claramente de manifiesto las acciones emprendidas por dicha autoridad a raíz de la aprobación de la adquisición de Cuatro por Telecinco.

En primera instancia, el Consejo de la CNC estableció en el apartado segundo de su resolución que aprueba la operación de concentración la obligación de que Telecinco presentase, en el plazo de un mes desde que su resolución fuese ejecutiva, un plan de actuaciones en el que se detallasen, entre otras cuestiones, las medidas a adoptar por Telecinco y su calendario de implantación.

Telecinco incumplió el plazo de un mes sin ofrecer justificación alguna, lo que ha resultado en la incoación por parte de la Dirección de Investigación de un expediente sancionador contra Telecinco,²⁵ que ha sido resuelto por el Consejo de la CNC, con fecha 29 de julio de 2011, con la imposición de una multa a Telecinco por infracción muy grave de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Tal y como señala el Consejo en su resolución, Telecinco presentó dos versiones fuera de plazo del plan de actuaciones, propuestas que además se consideraron insuficientes por la CNC para garantizar la adecuada ejecución de los compromisos, lo que resultó en la aprobación, mediante acuerdo de la Directora de Investigación de fecha 23 de febrero de 2011, de un plan de actuaciones modificado que sí garantiza una vigilancia real de los compromisos, tratando de clarificar, entre otros asuntos, cómo se interpretan e instrumentan los mismos.²⁶

Contra dicho acuerdo, el 7 de marzo de 2011, Telecinco presentó un recurso ante el Consejo de la CNC (R/0068/11) solicitando su nulidad argumentando que infringe el ordenamiento jurídico en diversos ámbitos a la vez que solicita la suspensión cautelar de la ejecución de determinados puntos impugnados del plan de actuaciones modificado, ya que estima que la interpretación realizada por la CNC en su versión del plan le produce graves perjuicios.

El 25 de abril de 2011 el Consejo de la CNC desestimó el recurso administrativo interpuesto por Telecinco contra el acuerdo de la directora de Investigación

25. La CNC ha acordado con fecha 29 de abril de 2011 la incoación de expediente sancionador contra Gestevisión Telecinco, S.A, en el marco de la vigilancia del cumplimiento de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 que autorizaba con compromisos la operación de concentración Telecinco/Cuatro, por entender que no presentación del plan de actuaciones en el plazo previsto puede ser constitutivo de una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=SNC/0012/11&ambito=Ley 30>

26. Resolución de la directora de Investigación de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por Telecinco el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC/230 Telecinco/Cuatro y aprobaba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones, conforme a lo previsto en el resuelve segundo de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 Telecinco/Cuatro.

de fecha 23 de febrero de 2011,²⁷ que aprueba el plan en su versión modificada, en la medida en que considera que bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que el mismo haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de Telecinco.

En términos generales la CNC considera que Telecinco basa el núcleo de sus argumentos en aspectos que van contra la literalidad de los compromisos aprobados, y que contradicen la interpretación que se hace de esos compromisos en la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, y que no hay que olvidar que fueron aportados voluntariamente por Telecinco.

De manera que muchas de las matizaciones que Telecinco pretende introducir en el plan de actuaciones han sido desestimadas en la medida en que vulneran la literalidad del compromiso correspondiente, además de aguar las condiciones en virtud de las cuales fue aprobada la concentración.

Estos autores consideran de interés para el lector hacer alusión a los principales puntos expuestos por el Consejo de la CNC para desestimar el recurso en la medida en que reflejan las divergencias de fondo que han venido produciéndose entre la CNC y Telecinco desde la aprobación de la operación Telecinco/Cuatro.

(i) Sobre el cómputo de la vigencia de los compromisos

La resolución del Consejo de la CNC que aprueba la operación de concentración señala que los compromisos tendrán una duración inicial de tres años, que Telecinco entiende que debería computarse a partir de la fecha de aprobación de la operación, es decir, desde el 28 de octubre de 2010.

La CNC sin embargo deja claro que la resolución por la que se aprueba la operación, y que no ha sido recurrida por la notificante, señala claramente *«una duración inicial de los compromisos de tres años desde la aprobación del Plan de Actuaciones...»*, es decir, desde el 23 de febrero de 2011.

(ii) Sobre el cómputo de los límites temporales en la adquisición exclusiva de contenidos

El compromiso sexto indica que Telecinco se *compromete a no concluir contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros con una duración superior a tres años.*

27. Resolución del Consejo de la CNC de fecha 25 de abril de 2011 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 8 de marzo de 2011 por Telecinco contra el acuerdo de la directora de Investigación de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por TELECINCO el 31 de enero de 2011 <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=R/0068/11&ambito=Recursos>

El plan de actuaciones indica que en el caso de que no quede determinado en el momento de la firma del contrato la identificación concreta del contenido contratado o el momento exacto en que cada contenido será puesto a disposición del adquirente, el criterio es que estos contratos no podrán exceder de tres años desde el momento de su firma.

Pues bien, Telecinco considera desproporcionada esta especificación en cuanto al cómputo del límite y entiende que el límite temporal de tres años solo debería computar desde que el contenido en cuestión es puesto a disposición de la cadena de televisión para iniciar derechos de emisión.

La CNC, sin embargo, desestima la interpretación unilateral de Telecinco debido a la evidente problemática para la competencia que conlleva la adquisición a futuro de contenidos. En definitiva, se estaría vaciando de contenido al compromiso al permitir *de facto* que Telecinco compre contenidos audiovisuales, sin ningún tipo de limitación temporal, aplicando de manera cosmética los límites temporales a la explotación de cada contenido audiovisual específico.

(iii) Sobre el cómputo de los límites temporales en los contratos de adquisición de contenidos en exclusiva preexistentes

En relación con este punto el compromiso sexto también es muy claro, al señalar que Telecinco se compromete a otorgar al proveedor el derecho a modificar los contratos para ajustarlos a los anteriores límites, sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos, que podrá ejercerse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de los compromisos.

Sin embargo, Telecinco pretende que los límites temporales comiencen a computar desde la fecha de ejecución de la operación de concentración, estableciendo una excepción que no estaba contemplada en el mismo.

Como señala el Consejo, de aceptarse semejante interpretación unilateral, Telecinco impediría que se produzca la salida al mercado de los contenidos de los que Telecinco disponía antes de la operación de concentración, elemento clave del compromiso que contribuyó a la autorización de la operación de concentración.

(iv) Sobre los datos que se solicitan en relación con el compromiso ii

El plan de actuaciones aprobado el 23 de febrero de 2011 exige a Telecinco que aporte determinada información de manera periódica sobre la aplicación efectiva de sus políticas comerciales en el mercado de la publicidad en televisión, toda vez que Telecinco considera que resulta improcedente delimitar de tal modo dicha información.

Sin embargo, como pone de manifiesto la CNC, Telecinco no justifica en qué medida dichas exigencias le ocasionan un perjuicio irreparable, a la vez que defiende que dicha información periódica de la comercialización efectiva que hace Telecinco de su publicidad es necesaria y pertinente para determinar si *de facto* está vinculando la contratación de sus paquetes.

Finalmente, es preciso hacer mención de la acción más reciente emprendida por la CNC para tratar de garantizar el efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por Telecinco, que es la aprobación mediante acuerdo de la Dirección de Investigación de la publicación en la página web de la CNC del plan de actuaciones en su versión pública y contra el cual Telecinco ha interpuesto recurso (R/0068/11).

El Consejo de la CNC, con fecha 23 de agosto de 2011, desestimó el recurso, avalando así la importancia que tiene en este caso concreto la publicación del plan de actuaciones para una eficaz aplicación de los compromisos.

De lo anterior se deduce que la implementación de los compromisos de la operación Telecinco/Cuatro no está exenta de problemas, lo que ha llevado a que la CNC haya realizado diversas actuaciones que son frecuentemente contestadas por Telecinco.

7. Conclusiones

En el presente artículo se han analizado algunos de los elementos que los autores consideran más relevantes de las operaciones de concentración Telecinco/Cuatro y la operación relativa a Digital+.

En lo que concierne a la televisión en abierto, se ha realizado una descripción resumida de las singularidades del funcionamiento del mercado de publicidad en televisión y la manera en que se comercializan los espacios publicitarios. El funcionamiento del mercado implica que el precio de la publicidad crece de manera exponencial con la audiencia y que la fragmentación de audiencias incrementa el valor publicitario de las cadenas líderes.

Por ello, las operaciones de concentración de televisiones en abierto no pueden evaluarse por una mera agregación de las cuotas de mercado de las partes y han de tener en cuenta esta realidad a la hora de evaluar el impacto de estas operaciones sobre los mercados de la publicidad y en los mercados conexos relacionados con los contenidos y demás elementos de la cadena de valor del sector audiovisual.

Asimismo se ha realizado una reflexión sobre la definición de un mercado de televisión en abierto diferente del mercado de la publicidad en televisión. Los autores identifican la televisión en abierto como un mercado de trueque en el que el precio consiste en consumo de mensajes publicitarios por los espectadores. Se han resaltado asimismo las similitudes de este caso con otros mercados que no conllevan un precio pecuniario, en particular Internet, caracterizado por modelos de negocio equivalentes al de la televisión en abierto.

Por otra parte, se ha realizado una breve pero concisa recapitulación de los problemas de competencia identificados por la CNC en el marco de las dos operaciones de concentración, así como de los compromisos que abordan los problemas identificados en la operación de concentración que finalmente se ha llevado a cabo, la de Telecinco/Cuatro, a la vez que se ha tratado de exponer la lógica detrás del archivo de la operación de Digital+.

Finalmente, se han descrito las acciones emprendidas por la CNC hasta la fecha en el marco de su labor de vigilancia del cumplimiento de los compromisos asumidos voluntariamente por Telecinco.

Estas acciones de la CNC evidencian que la salvaguarda de la competencia efectiva por el sistema de control de concentraciones no pueden limitarse a la adopción de determinados compromisos o condiciones, sino que es muy relevante asegurar que los mismos se implementan de forma efectiva y clara, lo que no siempre es fácil y hace que la fase de vigilancia de las resoluciones de la CNC tenga un carácter estratégico para asegurar la eficacia de la normativa de competencia.

