



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Plataformas que llevan a cabo servicios
OTT y los problemas relativos al derecho
de la competencia

Autor

Nicolás Usón Larripa

Director

Ángel Luis Monge Gil

Facultad de Derecho

2020

ÍNDICE

Pág.

LISTADO DE ABREVIATURAS.

I. INTRODUCCIÓN.....8

1. OBJETO DE ESTUDIO.....8

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y
JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....8

3. METODOLOGÍA.....9

II. LAS PLATAFORMAS QUE LLEVAN A CABO SERVICIOS

OTT.....11

1. DEFINICIÓN DE ESTE TÉRMINO.....11

2. SECTOR DONDE SE ENCUADRAN Y DESARROLLO
HISTÓRICO DEL MISMO.....13

3. NORMATIVA A LA QUE SE SOMETEN
ACTUALMENTE.....15

3.1. A nivel comunitario.

3.2. A nivel nacional.

III. PROBLEMAS RELATIVOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA QUE SE PUEDEN PLANTEAR.....	19
1. EN RELACIÓN A LAS CONCENTRACIONES.....	19
2. EN RELACIÓN AL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO.....	21
3. EN RELACIÓN A LAS AYUDAS DE ESTADO.....	24
IV. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN (Expte. C/0534/13 IMAGINA/OVERON).....	30
1. HECHOS.....	30
2. PROBLEMAS JURÍDICOS.....	31
3. FALLO.....	32
4. COMENTARIO PERSONAL.....	33
V. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0617/17 ATRESMEDIA/MEDIASET).....	35

1. HECHOS.....	35
2. PROBLEMAS JURÍDICOS.....	36
3. FALLO.....	37
4. COMENTARIO PERSONAL.....	41
VI. CONCLUSIONES.....	43
VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	45
VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	47

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cap.	Capítulo
CE	Comisión Europea
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Ed.	Edición
EEMM	Estados Miembros
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
Nº	Número
p.	Página
pp.	Páginas
Ss	Siguientes
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la UE
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO

En el presente trabajo se van a estudiar las plataformas que llevan a cabo servicios OTT como pueden ser NETFLIX, HBO, AMAZON O GOOGLE; estas plataformas han evolucionado de manera significativa durante los últimos años convirtiéndose en un elemento indispensable en nuestras vidas.

Son servicios que se ofrecen a través de internet e independientemente de los operadores, pero como se verá más adelante no existe una definición clara de este término.

Parece difícil que se pueda concebir la sociedad actual tal y como la conocemos sin ellos, ya sea respecto al entretenimiento, la comunicación entre personas o la difusión de contenidos.

Concretamente se va a estudiar los problemas relativos al derecho de la competencia que plantean en el sector audiovisual ya que es uno de los que más se han visto influidos.

Ahora bien no es el único sector que ha sufrido una revolución por el avance de estos servicios, las telecomunicaciones en general se han visto influidas por la aparición de estos nuevos operadores.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERES

Los servicios OTT (*over the top*) han sufrido un crecimiento inmenso a medida que los avances tecnológicos se han ido dando en el ámbito de internet, esto ha producido una revolución en el mercado audiovisual en el que se enmarcan.

La digitalización de las pantallas de la televisión herciana (TDT) ya supuso un antes y un después en el mercado audiovisual español, considerándose un punto de inflexión en el mismo, pero la convergencia del sector audiovisual con el de las telecomunicaciones

e internet y el desarrollo de dispositivos en movilidad ha generado un punto de inflexión en la evolución del mercado de los denominados servicios audiovisuales incluso mayor¹.

De todos los condicionantes el que más ha influido en este hito es Internet ya que ha dado lugar a importantes cambios en la forma de distribución y ha conseguido que los contenidos audiovisuales entren en la era digital de forma tal que ha destruido los modelos de negocio tradicionales de la industria audiovisual dando lugar a su vez a nuevos modelos.

Este proceso de sustitución de los operadores ya se está produciendo y va a dar lugar a una situación en la que existen una gran cantidad de entes con características nuevas que actúan en un mercado. Este hecho puede producir muchas cuestiones relativas al derecho de la competencia.

Los servicios OTT dentro de este nuevo marco llevan a cabo las funciones de las que antes estaban encargados los operadores audiovisuales clásicos.

Como ya se ha dicho son de muy reciente creación, por lo que aun no se han dado casi resoluciones al respecto, ahora bien es seguro que se plantearán a futuro por lo que es importante analizar las cuestiones que ya se han producido en relación a los operadores clásicos del sector audiovisual y así prever los problemas que puedan presentar a futuro estas plataformas.

Será necesario asegurarse de que se puede dar un buen encaje a estos servicios en el modelo público-privado que tiene la televisión en España y que ha sido resultado de la evolución del mismo a través de los años.

3. METODOLOGÍA

En el presente trabajo se van a analizar los problemas relativos al derecho de la competencia que se puedan plantear a futuro a los servicios OTT.

¹ Véase ALBÚJAR VILLARRUBIA, MARTA “Las plataformas OTT para la distribución de contenidos audiovisuales: ¿una amenaza para el duopolio de la televisión en abierto en España?”

(https://www.cac.cat/sites/default/files/2019-01/Q42_Albuja_r_ES.pdf)

Lo primero que ha sido necesario es realizar un estudio completo sobre lo que son las plataformas que llevan a cabo servicios OTT ya que este es un término poco conocido y, como se verá, incluso indeterminado.

Una vez que se explique este concepto se tratarán los diferentes problemas relativos al derecho de la competencia que pueden plantear.

Como el tema a tratar es eminentemente práctico, se van a analizar resoluciones planteadas respecto a problemas relativos al derecho de la competencia que ya se han dado respecto a operadores clásicos del sector audiovisual, que son los predecesores de estos nuevos servicios.

II. LAS PLATAFORMAS QUE LLEVAN A CABO SERVICIOS OTT

1. DEFINICIÓN DE ESTE TÉRMINO

No existe una definición unánime de lo que se debe considerar como un servicio OTT, mucho de lo que se consume y distribuye a través de internet puede llegar a ser considerado como tal, por ejemplo los juegos online, redes sociales, contenidos audiovisuales, aplicaciones o el comercio electrónico.

Ahora bien sí que es posible diferenciar estos servicios en base a otros elementos, así pues hay servicios de negocio y servicios sin ánimo de lucro.

Los servicios de negocio se pueden diferenciar en base a la forma que tienen de generar ingresos, hay plataformas que los obtienen por pagos, por consumos y/o por suscripción; otras por ingresos de publicidad y algunas por ingresos derivados de la venta de información sobre los patrones de comportamiento y características de sus usuarios

Encontraremos que en internet conviven servicios que están producidos por profesionales y otros que dependen de las contribuciones de los usuarios finales que distribuyen o comparten contenido sobre soportes de terceros.

Incluso dentro de los servicios audiovisuales OTT hay diferencias entre los servicios de *streaming* y de descarga.

Los primeros son aquellos que llevan a cabo emisiones en directo de forma tal que el usuario consume el contenido mientras este se descarga y los segundos son aquellos en los que el usuario debe esperar hasta que se descargue el contenido para poder consumirlo.

La Comisión Europea² entiende que estas plataformas tienen una serie de características:

² Este listado de características aparece en la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y

- tienen capacidad para crear y modelar nuevos mercados, planteando a los tradicionales un verdadero desafío, así como para organizar nuevas formas de participación o para efectuar en línea negocios consistentes en la recogida, tratamiento y edición de grandes cantidades de datos
- actúan en mercados plurifacéticos pero con diversos grados de control sobre las interacciones directas entre grupos de usuarios
- se benefician de los «efectos de red», lo que significa en sentido amplio que el valor del servicio aumenta con el número de usuarios
- suelen apoyarse en las tecnologías de la información y la comunicación para llegar a sus usuarios de forma instantánea y sin esfuerzo
- desempeñan un papel de crucial importancia en la creación de valor digital, especialmente atrayendo niveles significativos de valor (por ejemplo, mediante la acumulación de datos), facilitando nuevos proyectos empresariales y creando nuevas dependencias estratégicas

No obstante estas características no son suficientes para poder configurar una definición clara de este concepto.

La variedad, junto con el rápido crecimiento hace como ya se ha dicho que no exista una definición unánime de las mismas.

Se puede dar una definición³ usada habitualmente en el sector de las comunicaciones electrónicas “*servicios que se ofertan por Internet sin mediar control alguno o gestión específica por parte de los operadores*”.

AL COMITÉ DE LAS REGIONES Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa. COM(2016) 288 final

³ Véase CNMC 2015 “CARACTERIZACIÓN DEL USO DE ALGUNOS SERVICIOS OVER THE TOP EN ESPAÑA (COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y SERVICIOS AUDIOVISUALES)”

(<https://www.cnmc.es/sites/default/files/1533234.pdf>)

2. SECTOR DONDE SE ENCUADRAN Y DESARROLLO HISTORICO DEL MISMO

El Observatorio Audiovisual Europeo recoge⁴ que tanto los operadores audiovisuales clásicos como los nuevos servicios OTT comparten un mismo mercado, a modo de ejemplo You Tube se ofrece como medio de difusión de películas a los operadores cinematográficos.

Estos servicios llevan a cabo actividades similares en el ámbito de la comunicación y en el audiovisual a las de los operadores tradicionales, sin embargo no tienen las mismas características por lo que pueden dar lugar a efectos sobre la competencia que son necesarios tratar.

Los servicios OTT se encuentran dentro del sector audiovisual, que a su vez se encuentra dentro de otro sector aún más grande, el de las telecomunicaciones.

Tal y como indica Souvirón Morenilla⁵ el ordenamiento jurídico español concebía el campo de las telecomunicaciones como un ámbito reservado a la titularidad del sector público así pues eran actividades explotadas por el estado de manera directa o por el sector privado a través de concesiones.

Este planteamiento aparecía recogido ya en la Ley de Ordenación de las telecomunicaciones de 1987.

El sector era considerado como un servicio público reservado en exclusiva al estado y por ello se estableció en un primer momento un monopolio, el de RTVE, que

⁴ Véase OBSERVATORIO AUDIOVISUAL EUROPEO: FRANCISCO JAVIER CABRERA BLAZQUEZ, MAJA CAPPELLO, GILES FONTAINE, ISMAIL RABIE, SHPHIE "The legal framework for video-sharing platforms" (<https://rm.coe.int/the-legal-framework-for-video-sharing-platforms/16808b05ee>)

⁵ Véase SOUVIRÓN MORENILLA, JOSE MARIA "El proceso de liberalización y la regulación de las telecomunicaciones en España" (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElProcesoDeLiberalizacionYLaRegulacionDeTelecomuni-229968.pdf>)

posteriormente se abrió a la explotación de las televisiones privadas en virtud de concesión estatal.

Fue en 1994 cuando se empezó este proceso de liberalización que estaba motivado por las exigencias del derecho comunitario, un año después aparecieron las primeras leyes que buscaban conseguir este objetivo, fueron la Ley de Telecomunicaciones por Cable y la Ley de Telecomunicaciones por Satélite.

La Ley de Telecomunicaciones por Cable estableció un servicio público unitario a prestar por particulares mediante concesión en un marco de competencia restringida ya que solo se permitían dos operadores dentro de las demarcaciones territoriales de los cuales uno sería siempre Telefónica⁶, este fue el primer paso hacia el establecimiento de una competencia real en este mercado.

La Ley de Telecomunicaciones por Satélite, que regulaba todas las comunicaciones por satélite no solo las televisivas, fue más allá que la ley anterior y dejó de considerar esta actividad como un servicio público sujeto a concesión para establecer un régimen liberal en el que únicamente era necesaria una autorización.

No obstante estas leyes se daban sobre ámbitos concretos no sobre todo el sector audiovisual. Así pues la medida que realmente impulsó la liberalización de todo el sector fue el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones que luego se convirtió en la Ley 12/1997.

Ambas normas trataron de implementar la libre competencia, la “despublificación” de las actividades llevando a cabo reformas en el ordenamiento español que posteriormente permitieran este objetivo.

Una de estas reformas fue la creación de un segundo operador general de telecomunicaciones, que debía ser posteriormente privatizado, para que pudiera desarrollar su actividad en concurrencia con el anterior.

La finalización de este proceso se dio con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones que establecía la liberalización no solo del sector audiovisual sino de todo el sector de las telecomunicaciones.

⁶ Telefónica S.A es una empresa de telecomunicaciones fundada en 1924 y que fue adquirida mediante ley por el estado español convirtiéndose así en una multinacional española

Ahora bien no se estableció una completa libertad, ya que muchas de las actividades siguen estando sujetas a autorización administrativa.

Esta ley establece la concurrencia y libre competencia de los operadores de este sector pero sin obviar el interés público que conllevan estas actividades, por lo que introduce las “obligaciones de servicio público”.

El proceso que se ha visto no da como resultado que la regulación sobre el sector audiovisual se elimine, todo lo contrario, este era un sector controlado por los entes públicos porque estaba sujeto a una serie de objetivos por su importancia.

El hecho de abrir el mercado a operadores privados da como resultado la necesidad de promulgar una gran cantidad de normas técnicas para así salvaguardar los objetivos que deben cumplirse en este sector, tal y como indica Boix Palop⁷ este es un mercado con una regulación muy intensa.

3. NORMATIVA A LA QUE SE SOMETEN ACTUALMENTE

3.1 A nivel comunitario

En la actualidad las principales normas a nivel comunitario sobre el sector audiovisual son la DIRECTIVA 2010/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) Y la DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

⁷ Véase BOIX PALOP, ANDRES “ Regulación y mercado en sector audiovisual español” (<http://admvo.derecho.uma.es/comunicaciones/Boix.pdf>)

Ambas normas representan el cambio que ha supuesto la aparición de estos servicios OTT en el sector audiovisual, en la primera Directiva se definen los servicios audiovisuales como⁸ *“un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, tal como las define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE. Este servicio de comunicación audiovisual es bien una emisión de radiodifusión televisiva según la letra e) del presente apartado, bien un servicio de comunicación audiovisual a petición según la letra g) del presente apartado”*.

Esta primera definición no incluía los servicios audiovisuales OTT como Netflix o YouTube lo que hacía que a pesar de que realizaban unas funciones y actividades similares a las de los operadores audiovisuales clásicos como las televisiones no estaban sujetos a una misma regulación

Antes de la Directiva que se promulga en 2018 las plataformas de intercambio de video se encontraban sometidas a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Como ya se ha dicho esta situación cambia con la nueva Directiva de 2018 en la que se incluye un nuevo concepto de servicio audiovisual⁹ *“un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad*

⁸ Véase DIRECTIVA 2010/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). Art.1.a). i)

⁹ Véase DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. Art. 1. 1). a). i)

principal propia o de una de sus partes disociables consiste en ofrecer programas al público en general, bajo la responsabilidad editorial de un prestador de servicios de comunicación, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como las define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE; este servicio de comunicación audiovisual es bien una emisión televisiva según la definición de la letra e) del presente apartado, bien un servicio de comunicación audiovisual a petición según la definición de la letra g) del presente apartado”.

También se introduce por primera vez el concepto de servicio de intercambio de video¹⁰ *“un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como se definen en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación”.*

De esta forma se hace que las plataformas que llevan a cabo servicios OTT y los operadores audiovisuales clásicos, que comparten un mismo mercado, también compartan una misma regulación, a pesar de que sigue habiendo diferenciaciones entre ambos.

3.2 A nivel nacional

En el ámbito nacional encontramos la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, esta ley supone la transposición de la Directiva 2010 y las

¹⁰ Véase DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. Art.1. 1). b)

anteriores Directivas en el ámbito del mercado audiovisual pero aún no ha recogido los cambios planteados por la nueva Directiva 2018.

El hecho de que estas plataformas sean de reciente creación y que incluso hoy en día estén fuera de la regulación del sector audiovisual¹¹ motivan este trabajo en el que se va a realizar un estudio sobre la influencia que pueden tener y han tenido en relación con el derecho de la competencia.

Tal y como indica el Observatorio Europeo Audiovisual¹² estos servicios van a dar lugar a muchos problemas en el futuro por ello es conveniente intentar tratarlos antes de que se produzcan y así poder dar una mejor respuesta

¹¹ El artículo 2 de la Directiva 2018 prevé que “Los Estados miembros pondrán en vigor a más tardar el 19 de septiembre de 2020 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva” por lo que es posible que haya estados miembros que aún no hayan introducido las disposiciones de esta norma en su ordenamiento, de hecho el español va a necesitar una reforma que aún no se ha llevado a cabo para dar cabida a la nueva regulación que recoge esta Directiva

¹² Véase OBSERVATORIO AUDIOVISUAL EUROPEO: FRANCISCO JAVIER CABRERA BLAZQUEZ, MAJA CAPPELLO, GILES FONTAINE, ISMAIL RABIE, SHPHIE "The legal framework for video-sharing platforms" (<https://rm.coe.int/the-legal-framework-for-video-sharing-platforms/16808b05ee>)

III. PROBLEMAS RELATIVOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA QUE SE PUEDEN PLANTEAR

1. EN RELACIÓN A LAS CONCENTRACIONES

Tal y como indica Bercovitz¹³ el control de las concentraciones es muy importante para asegurar la competencia, se trata no de controlar las acciones de los operadores sino de controlar la estructura del propio mercado para que no desaparezcan los operadores importantes, ya que, si lo hacen la competencia se ve afectada.

Esta situación se da cuando varias empresas que compiten en un mismo mercado se reúnen en un mismo ente, con carácter general se puede entender por concentración tanto la fusión de varias empresas previamente independientes como la toma de control estable de una empresa sobre otra, ya sea total o parcialmente.

Las características del sector en el que actúan los servicios OTT no favorecen la pluralidad, tal y como indica Boix Palop¹⁴ en el mercado audiovisual español es necesaria una licencia para actuar, los operadores llevan mucho tiempo en el mismo y son poderosos o es necesaria una inversión económica grande.

La entrada de los nuevos servicios OTT en el sector audiovisual supone todo un reto, normalmente son grandes multinacionales que tienen la capacidad de modificar la estructura del mercado hasta conseguir que no exista la libre competencia y a las que se debe controlar.

La regulación tanto comunitaria como nacional ya prevé este control en el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y la LDC respectivamente.

¹³ Véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO “Apuntes de derecho mercantil. Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial” (Navarra) Aranzadi, 2019, 20ª Ed. Pp. 357 y ss

¹⁴ Véase BOIX PALOP, ANDRES “Regulación y mercado en sector audiovisual español” (<http://admvo.derecho.uma.es/comunicaciones/Boix.pdf>)

Ambas normas prevén un control antes de que se produzca la operación, tal y como recogen José María Beneyto y Jerónimo Maillo¹⁵ este control se realizará *a priori* cuando se superen ciertos umbrales.

La diferencia entre ambas es que el control se llevará a cabo conforme a la regulación comunitaria cuando supere los umbrales establecidos en la misma y por tanto tenga dimensión comunitaria, pero si la concentración no alcanza esta dimensión puede ser controlada conforme a la regulación española siempre y cuando supere los límites recogidos en esta.

Tal y como indican Calvo Caravaca y Carrascosa González¹⁶ la aplicación del Reglamento está subordinada a que se den dos condiciones, una cuantitativa y la otra cualitativa.

Para aplicarlo debe haber en primer lugar una concentración en el sentido de la ya citada norma, sino se cumple este requisito las concentraciones podrán ser controladas pero a nivel nacional.

El artículo 3 del Reglamento (CE) nº 139/2004 recoge que *“siempre y solo son concentraciones todas las operaciones que impliquen una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes”*.

Ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando las operaciones que cumplen este requisito, algunas acciones que han sido consideradas como concentraciones son fusiones, adquisición del control sobre otra empresa o la creación de empresas o filiales conjuntas.

En segundo lugar la concentración debe alcanzar unas dimensiones comunitarias, de nuevo las concentraciones que no alcancen estos umbrales podrán someterse a control a nivel nacional.

¹⁵ Véase BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO “Tratado de derecho de la competencia” TOMO I (Barcelona) Wolters Kluwer, 2017, 2ª Ed. Pp.109 y ss

¹⁶ Véase CALVO CARAVACA, ALFONSO LUÍS y CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER “Las concentraciones de empresas” (Madrid) Colex, 2006. Pp. 78 y ss

En el sector audiovisual los operadores clásicos ya han sido sometidos a este tipo de control, sin embargo los servicios OTT no, lo que, junto con el hecho de que estos servicios presentan características nuevas, hace que sean un reto a futuro.

Si bien los operadores clásicos no comparten las mismas características que los nuevos servicios OTT sí que tienen una cierta similitud por lo que es útil analizar las resoluciones de la CNMC ya dadas sobre los primeros para así poder actuar a futuro en los problemas que se planteen sobre los segundos

2. EN RELACIÓN AL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

En el campo de los servicios OTT puede haber conexiones con situaciones de abuso de posición de dominio, tal y como recoge el Observatorio Audiovisual Europeo¹⁷ las plataformas que actúan en este mercado suelen ser grandes multinacionales que tienen mucho poder.

Las autoridades europeas deben prevenir el potencial riesgo que conllevan Google, Amazon o Facebook al tiempo que establecen unas condiciones de mercado que permitan a las mismas desarrollarse.

A modo de ejemplo en junio de 2017 la Comisión Europea impuso una multa de 2.42 billones de euros¹⁸ a Google por prácticas que transgredían la competencia como dar preferencia a su servicio de comparación de compras demorando el del resto de operadores.

¹⁷ Véase OBSERVATORIO AUDIOVISUAL EUROPEO: FRANCISCO JAVIER CABRERA BLAZQUEZ, MAJA CAPPELLO, GILES FONTAINE, ISMAIL RABIE, SHPHIE "The legal framework for video-sharing platforms". Pp. 78 y ss (<https://rm.coe.int/the-legal-framework-for-video-sharing-platforms/16808b05ee>)

¹⁸ La Multa se puede ver en la siguiente nota de prensa (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784)

Tanto el TFUE como la LDC recogen la prohibición del abuso de la posición de dominio. Tal y como recoge Bercovitz¹⁹ cuando se establece esta prohibición se parte del hecho de que la competencia ya está limitada por la existencia de una posición dominante.

Ahora bien la mera existencia de una posición de dominio no es suficiente sino que también es necesario que se produzca un abuso de la misma.

Esta posición puede ser incluso lícita a pesar de afectar a la competencia cuando la adquisición de la misma se debe a la dinámica competitiva del mercado.

Tal y como indican Beneyto y Maillo²⁰ por posición de dominio se debe entender una situación de poder económico en la que se encuentra un operador del mercado que le permite actuar independientemente del resto de operadores, clientes o usuarios.

Lo primero que hay que hacer para determinar si existe una posición dominante es delimitar el mercado relevante en el que actúa, para ello se debe tener en cuenta el ámbito geográfico, temporal y objetivo.

El ámbito geográfico es el territorio en el que actúa una empresa que tiene una posición de dominio, el temporal es el espacio de tiempo durante el que actúa la empresa y el objetivo es el mercado por los productos, en concreto, por las propiedades, precio o uso de los mismos.

No es posible hablar de una posición de dominio cuando no se afecte a una parte sustancial del mercado común o nacional, por ejemplo no se puede hablar de abuso de posición de dominio cuando el ámbito geográfico de un mercado está únicamente en una ciudad.

¹⁹ Véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO “Apuntes de derecho mercantil. Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial” (Navarra) Aranzadi, 2019, 20ª Ed. Pp. 352 y ss

²⁰ Véase BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO “Tratado de derecho de la competencia” TOMO I (Barcelona) Wolters Kluwer, 2017, 2ª Ed. Pp.438 y ss

Una vez se determina el mercado relevante, que en el caso de este trabajo será el mercado audiovisual español y europeo, se deben buscar unas características marcadas por la jurisprudencia²¹, estas son:

- Que la empresa esté en condiciones de ejercitar por si sola una influencia notable en el mercado
- Que falte una competencia efectiva por parte de otras empresas.

Si ambas se cumplen dentro de un mercado relevante nos encontramos con una posición dominante pero cabe recordar de nuevo que lo que se prohíbe es la explotación de la misma.

Normalmente con abuso se hace referencia al perjuicio injustificado a los otros participantes en el mercado, ya sean otros operadores o los usuarios, mediante actuaciones que no se habrían llevado a cabo si existiera una competencia efectiva.

Esta es una noción tradicional que se ha visto ampliada por la jurisprudencia²² a aquellos casos en los que la empresa en posición de dominio trata de fortalecerse por medio de operaciones de concentración.

Tal y como se ha expuesto anteriormente las características²³ del sector audiovisual favorecen que aquellos que tienen una posición dominante se ayuden de la misma ya sea para restringir la competencia (abuso de posición de dominio) o para modificar la estructura del mercado (concentración).

²¹ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Posición dominante. Asunto 85/76 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>)

²² Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973 (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d6fe2a5c-f98a-4395-ad0a-194f70bcd83c/language-es>)

²³ Véase de nuevo las características expuestas por BOIX PALOP, ANDRES “ Regulación y mercado en sector audiovisual español” que se han redactado en la p. 19

En el caso de los servicios OTT como Google, Amazon o Netflix se dan las condiciones a las que se ha hecho referencia, actúan en mercados a nivel mundial como el de los servicios digitales o el audiovisual y en estos mercados pueden actuar independientemente y ejercitar una influencia notable llegando incluso a eliminar la competencia.

Estas plataformas se encuentran en posiciones de dominio y en algunos casos como Google ya han abusado de ellas, tienen un poder excesivo que hace previsible que a futuro se den muchas más resoluciones sobre este tipo en los órganos encargados de controlar la competencia en los mercados.

En el caso concreto del mercado audiovisual parece evidente que las plataformas de Netflix, HBO, Amazon prime video se encuentran en esta situación de dominio de forma conjunta y es fácil pensar que pueden llevar a cabo conductas, como las que han realizado los operadores audiovisuales tradicionales para falsear la competencia.

Por ello también interesa analizar las resoluciones sobre esta cuestión que ya se han dado sobre los operadores audiovisuales clásicos.

3. EN RELACIÓN A LAS AYUDAS DE ESTADO

El artículo 107.1 TFUE establece la incompatibilidad de las ayudas de estado con el mercado interior salvo alguna excepción

Una ayuda pública²⁴ no es lo mismo que una ayuda de estado, el término de “ayuda pública” alude, por una parte, a la existencia de una ventaja o beneficio que solo es relevante desde la perspectiva de la competencia cuando favorece a empresas que operan en el mercado.

²⁴ Véase BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO “Tratado de derecho de la competencia” TOMO II (Barcelona) Wolters Kluwer, 2017, 2ª Ed. P. 189

Para intentar dar solución a este concepto oscuro la Comisión llevó a cabo una Comunicación²⁵ en la que intentó clarificar el concepto de ayuda de estado, sin embargo no fue suficiente.

La falta de claridad en esta definición hace que se deba acudir a la aplicación práctica²⁶ para determinar si la acción de un ente del estado puede considerarse como ayuda de estado.

Tal y como indica Ordóñez Solís²⁷ ha sido el Tribunal de Justicia el que ha llevado a cabo la interpretación de este término en sentencias como la del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) de 10 de junio de 2010²⁸ estableciendo que para que una actividad sea considerada como ayuda de estado es necesario que se cumplan una serie de requisitos:

- Atribuya una ventaja efectiva a quien la recibe,
- Esta ayuda debe tener origen estatal

²⁵ Véase COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Modernización de las ayudas estatales en la UE

²⁶ Véase BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO “Tratado de derecho de la competencia” TOMO II (Barcelona) Wolters Kluwer, 2017, 2ª Ed. Pp. 197-240

²⁷ Véase ORDOÑEZ SOLÍS, DAVID “El derecho de las subvenciones y ayudas públicas en la Unión Europea” (Navarra) Aranzadi, 2011, 2ª Ed. Pp. 195 y ss

²⁸ Véase SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta) de 10 de junio de 2010 «Ayudas de Estado – Subvenciones pagadas a una empresa de transporte marítimo que asume obligaciones de servicio público – Ley nacional que prevé la posibilidad de conceder anticipos antes de la aprobación de un convenio» En el asunto C-140/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale di Genova (Italia), mediante resolución de 27 de febrero de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de abril de 2009, en el procedimiento entre Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA y Presidenza del Consiglio dei Ministri

- La ayuda debe tener un beneficiario específico y este ha debido ser elegido de forma selectiva
- La ayuda debe tener un efecto real, que es falsear la competencia

Tal y como establece Bercovitz²⁹ en el sistema de economía competitiva del mercado se busca que los competidores se esfuercen y mejoren para ofrecer una mejores prestaciones a los consumidores, la empresa que no sea capaz de ofrecer unas prestaciones competitivas debe estar encauzada al fracaso.

Sin embargo si se introducen las ayudas de fondos públicos este planteamiento se ve desvirtuado y se crea una situación privilegiada para un operador.

Las ayudas de estado dañan el funcionamiento de la competencia en los mercados por lo que los poderes públicos no deben intervenir, las empresas deben poder competir en base a sus cualidades, sin que haya interferencias públicas externas.

Ahora bien, no todos las ayudas públicas que cumplan las características arriba mencionadas deben ser consideradas como ayudas de estado, aquí nuevamente nos encontramos con que los servicios OTT plantean una problemática a futuro.

Estos se incluyen dentro del sector de las telecomunicaciones que es muy extenso y que se subdivide en otros sectores.

Así pues según el sector concreto en el que se enmarque el servicio OTT las ayudas públicas que este reciba pueden ser consideradas como ayudas de estado o no.

A modo de ejemplo el TFUE en su artículo 107.3 recoge una serie de ayudas que pueden ser compatibles con el mercado interior. Una de estas excepciones es la del apartado d) *“las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común”*.

²⁹ Véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO “Apuntes de derecho mercantil. Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial” (Navarra) Aranzadi, 2019, 20ª Ed. Pp. 369 y ss

Por lo que las ayudas destinadas a promover la cultura podrán considerarse compatibles con el mercado interior conllevando que un servicio OTT que actué como operador en el sector audiovisual puede recibir ayudas públicas

Fue la Comisión³⁰ la que determinó que el régimen de ayudas a los servicios audiovisuales respetaba el principio de legalidad general, es decir, que el régimen de estas ayudas no contenía ninguna cláusula que fuera contraria a las disposiciones del TFUE en ámbitos distintos al de las ayudas estatales y que además cumplía los criterios específicos de compatibilidad de las ayudas.

Otro ejemplo es el artículo 106.2 TFUE que recoge³¹ *“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”*.

En este artículo se recoge que las normas sobre competencia pueden modularse en cuanto a las empresas que llevan a cabo servicios de interés general para que así estas puedan cumplir con sus fines.

Los servicios de interés general son³² *“actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y que están sujetas a obligaciones específicas de servicio público”*.

³⁰ Véase COMISIÓN EUROPEA Comunicación de la Comisión sobre la ayuda estatal a las obras cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:332:0001:0011:ES:PDF>)

³¹ Véase TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Art. 106.2

³² Definición en https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=es

Así pues una empresa que promueve el interés general pero no es sostenible puede ser directamente subvencionada por el estado porque se considera que el bien que produce es esencial y es necesario que siga produciéndolo.

Esta misma postura sigue la jurisprudencia en la sentencia Ferring³³ y Altmark³⁴ en las que determina que las simples compensaciones públicas destinadas a cubrir sobre costes de las empresas que llevan a cabo servicios de interés general no podían entenderse como ayudas de estado.

Una gran cantidad de servicios OTT realizan varias funciones dentro del sector de las telecomunicaciones será necesario un análisis concreto de si la actividad que se subvenciona ciertamente se puede considerar que cumple con las excepciones o es de interés general

Si no lo hace será considerada como ayuda de estado y tal y como se recoge en el artículo 108.2 del TFUE. En estos casos la Comisión debe decidir que el Estado interesado la suprima o modifique en un plazo determinado siendo posible acudir al Tribunal de Justicia de la UE si fuera necesario.

El artículo que se acaba de mencionar también recoge la obligación de la Comisión de examinar los regímenes de ayudas y de los EEMM de informar a este órgano sobre los proyectos de los mismos que se planteen.

Así pues será necesario tanto por parte de la CE como de los EEMM un ejercicio conjunto en el campo de los servicios OTT para conseguir que no se produzcan estas

³³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta) de 22 de noviembre de 2001 * En el asunto C-53/00, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Francia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Ferring SA <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=49B562CF4AC9CFE7E37F7A52C833C9A1?text=&docid=46868&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2239441>

³⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 24 de julio de 2003 * En el asunto C-280/00, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Altmark Trans GmbH <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48533&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2239610>

ayudas de estado y de esta forma preservar la libre competencia en los mercados en los que actúan.

IV. ANALISIS DE LA RESOLUCIÓN (Expte. C/0534/13 IMAGINA/OVERON).

1. HECHOS

Como ya se ha dicho anteriormente las características de los servicios OTT y de los sectores en los que actúan hacen previsible que se produzcan resoluciones a futuro sobre operaciones de concentración.

Para ver los posibles problemas que se puedan plantear en relación a los mismos es interesante ver los que ya se han planteado a los operadores del sector audiovisual que son en cierto modo sus predecesores.

En la presente resolución se lleva a cabo un procedimiento de control de la operación de concentración que conlleva la adquisición del control exclusivo de Servicios Audiovisuales Overon, S.L. (OVERON) por parte de Imagina Media Audiovisual, S.L. (IMAGINA).

Esta operación no alcanza las dimensiones comunitarias por lo que no se le puede aplicar el procedimiento comunitario pero sí supera los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la LDC por lo que tal y como se ha visto anteriormente sí se puede controlar a nivel nacional.

OVERON está especializado en la prestación de servicios de transporte contribución de forma tanto permanente como ocasional, este servicio conlleva la transmisión punto a punto de señales audiovisuales, bien antes de que sean producidas o después, a la cabecera de la red de difusión, de cara a su posterior transporte distribución a los centros de difusión terrestre.

Dentro de este servicio se puede distinguir entre transporte ocasional y permanente.

- En cuanto al ocasional, el lugar de origen de la señal a transportar es variable, así pues este servicio de transporte contribución ocasional se realiza normalmente mediante unidades móviles de transmisión por satélite que se desplazan al lugar de los hechos.

- En el caso del permanente el lugar de origen de la señal es fijo y esta se transporta de forma continua o periódica, en estos casos aparte del satélite existe la posibilidad efectiva de utilizar otros medios técnicos como circuitos, líneas dedicadas, radioenlaces, etc.

Por otro lado IMAGINA es un proveedor de servicios de producción móvil muy relevante pero que tiene una presencia más reducida en las actividades de transporte contribución.

El mercado relevante es el del transporte contribución, sin importar si es ocasional o permanente.

En cuanto al mercado geográfico la CNMC lo sitúa a nivel nacional por las propias características del servicio

Dentro del mercado de transporte contribución en España IMAGINA tiene una cuota superior al 30% por lo que queda sujeto a este control.

2. PROBLEMAS JURIDICOS

La actuación que aquí se enjuicia es la adquisición del control de OVERON por parte de IMAGINA, esta viene recogida como una operación de concentración de forma expresa en el artículo 7.1 b) de la LDC por lo que respecto a la definición de esta conducta no habría ningún problema.

Por otro lado en esta resolución se realiza un control previo encaminado a decidir si la unión de IMAGINA y OVERON en un mismo ente puede llegar a modificar la estructura del mercado de transporte contribución en España.

Esta segunda cuestión sí merece más desarrollo, no todas las concentraciones conllevan efectos perjudiciales para la competencia y será necesario resolver si esta los tiene.

Se debe remarcar que el hecho de que esta operación se someta a control no significa *per se* que sea perjudicial sino que supera determinados umbrales.

Tal y como recogen Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁵ lo que se busca es evitar un peligro potencial para la libre competencia.

Este riesgo se materializa en una posible destrucción de la competencia ya que los resultados de estas concentraciones pueden ser la reducción del número de operadores del mercado o el refuerzo de las posiciones de dominio y pueden dar lugar a prácticas no deseadas como las estrategias predatorias³⁶.

Será pues trabajo del órgano competente, en este caso la CNMC resolver esta cuestión y permitir o no la operación

3. FALLO

La CNMC autoriza esta operación ya que considera que a pesar de que el ente IMAGINA/OVERON resultante va a ser muy poderoso dentro del mercado van a seguir existiendo alternativas competitivas.

Esto es así porque considera que en el sector de transporte contribución existen otros operadores lo suficientemente fuertes como para hacer frente a este nuevo ente, por lo que se sigue manteniendo la competencia dentro del mismo.

Como ya se ha dicho anteriormente lo que se trata de controlar no es el hecho de que se produzca una concentración sino que esta interfiera en la libre competencia del mercado.

Si por el contrario la CNMC determinase que la concentración crea un ente excesivamente fuerte que deforma la estructura del mercado, por no existir otros operadores capaces de hacerle frente, esta no se podría autorizar.

³⁵ Véase CALVO CARAVACA, ALFONSO LUÍS y CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER “Las concentraciones de empresas” (Madrid) Colex, 2006. Pp. 37 y ss

³⁶ Estas prácticas pueden consistir en utilizar reservas económicas para eliminar competidores, aumentar la calidad o variedad de los productos con el mismo fin o instaurar sistemas de premios o descuentos de captación o fidelización de los distribuidores o clientes,

4. COMENTARIO PERSONAL

Parece claro que el ente resultante de esta concentración es un ente con mucha fuerza en su mercado relevante, ahora bien también parece claro, tal y como indica la CNMC, que este ente no perjudica la estructura del mercado porque en el mismo ya hay operadores que pueden hacerle frente.

El mercado relevante, de transporte distribución, se encuentra dentro del sector audiovisual en el que ya existen entes muy poderosos por lo que esta concentración puede ser incluso beneficiosa.

El control se lleva a cabo para que no surjan operadores excesivamente fuertes o se modifique la estructura del mercado, ahora bien, como ya se ha dicho en este sector ya existen estos entes excesivamente poderosos.

Por ello las concentraciones en muchos casos son beneficiosas, con ellas se consigue crear operadores que puedan hacer frente a estos entes y de esta forma que exista una mayor competencia.

Es el caso de esta resolución, el ente IMAGINA/OVERON va a ser muy fuerte pero como ya hay otros operadores poderosos se permite porque la competencia no se ve perjudicada.

Si en el sector audiovisual no existieran otros entes poderosos esta concentración no se permitiría porque se estaría creando una posición de dominio en el mercado relevante.

Esta resolución sirve para ilustrar las concentraciones junto con el sector y las características de los servicios OTT, estos normalmente son plataformas que actúan en un mercado de grandes multinacionales en el que se pueden producir concentraciones con facilidad.

Es necesario que se haga un control exhaustivo de las mismas para evitar situaciones anticompetitivas en las que un operador se fortalece demasiado y diluye la competencia.

Ya existen ejemplos, como Google, de operadores excesivamente fuerte en el ámbito de las telecomunicaciones, en el audiovisual encontramos a Netflix, HBO, Amazon Prime Video o Disney Plus que son operadores muy poderosos.

Mientras estos operadores tan poderosos continúen actuando de forma independiente los unos de los otros se mantendrá la competencia, ya que, a pesar de que exista un operador fuerte en el mercado hay otros que también lo son.

Los órganos competentes tendrán que controlar a futuro que ninguno de estos servicios se concentre de forma tal que elimine la competencia respecto a los demás.

V. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0617/17 ATRESMEDIA/MEDIASET).

1. HECHOS

En la presente resolución se juzgan las acciones cometidas tanto por el grupo ATRESMEDIA como por MEDIASET.

Concretamente se busca determinar si estas actuaciones pueden ser castigadas por constituir un abuso de posición de dominio o una práctica colusoria.

En un primer momento se incoaron dos procedimientos sancionadores independientes para cada empresa, sin embargo la Dirección de competencia de la CNMC decide acumularlos posteriormente ya que a pesar de que ambos grupos contraten de manera independiente con anunciantes y agencias de medios, las condiciones de estos acuerdos son muy similares.

El mercado en el que actúan los operadores frente a los cuales se ha incoado el proceso es el de la publicidad televisiva y el de la televisión en abierto.

Dentro del mercado de la televisión en abierto los operadores cuentan con licencias de emisión de sus canales a través de la plataforma de TDT o alquilan la capacidad de emisión de los titulares de estas licencias.

Los operadores de este mercado compiten para obtener un mayor número de audiencia y así ser más atractivos a la hora de actuar en el mercado publicitario, cuantos más espectadores tengan mayor difusión de la publicidad.

Hay que distinguir el mercado de la televisión en abierto y el de pago, el primero es aquel en el que el espectador no necesita pagar para ver el contenido que se emite pero que está expuesto a una gran cantidad de contenido publicitario, en el segundo los espectadores deben pagar una cuota para poder acceder al contenido pero están expuestos a un menor contenido publicitario.

Unido a los mercados de la televisión en abierto y de pago aparece el mercado de la publicidad en televisión que acoge a ambas modalidades, cada medio de comunicación

tendrá un mercado publicitario propio ya que, a modo de ejemplo, no es comparable las condiciones de la publicidad en la televisión y en la radio.

En el mercado televisivo los precios son más elevados que en los mercados del resto de medios de comunicación, ya que, tal y como indica la CNMC³⁷ la televisión sigue siendo la pantalla principal en España, incluso por delante de los contenidos audiovisuales que se ofrecen en internet.

Así pues se considera que tanto ATRESMEDIA como MEDIASET actúan en el mercado de la televisión en abierto y el de la publicidad televisiva.

También se entiende que estos mercados relevantes tienen una dimensión nacional por al ámbito de actuación de estos entes, esto es lo habitual ya que los operadores se encuentran con fronteras lingüísticas, culturales o de regulación;

Las prácticas que son susceptibles de constituir un ilícito son:

1. La fijación de cuotas relativas de contratación de publicidad televisiva a los anunciantes, que afecta a la práctica totalidad de las campañas publicitarias contratadas.
2. El establecimiento de un sistema de comercialización conjunta que vincula la venta de la publicidad en televisión a la contratación prácticamente obligatoria de paquetes de canales, así como la utilización de un sistema de comercialización de la publicidad en televisión en “*simulcast*”, por el que un mismo anuncio se emite de forma simultánea en varios canales de televisión, que afectan a la gran mayoría de los anuncios comercializados.
3. La fijación de un sistema de retribución por extraprimas a las agencias de medios por su intermediación, que genera incentivos a la concentración de la publicidad en sus módulos y canales.

2. PROBLEMAS JURIDICOS

³⁷ Véase la Resolución ATRESMEDIA/MEDIASET. Página 16

El principal problema que plantea este caso es determinar si las conductas ya citadas constituyen un abuso de posición de dominio o una práctica colusoria.

La CNMC deberá determinar si se debe aplicar respectivamente el artículo 2 o el 1 de la LDC para enjuiciar estas conductas.

Para aclarar si existe un abuso de posición de dominio será necesario establecer si estos entes se encuentran en una posición de dominio.

Ahora bien no solo es necesario que se dé esta sino que también se debe abusar de la misma.

La mera existencia de una posición de dominio si bien modifica la competencia puede ser lícita por deberse al propio desarrollo del mercado.

Lo que se debe resolver es si ambos entes, valiéndose de esta posición, han realizado actos que transgredan la competencia.

Para ello será necesario enjuiciar las conductas concretas de los mismos.

Para resolver si existe una práctica colusoria será necesario aclarar si las acciones cometidas aparecen definidas en el artículo 1 LDC y impiden, restringen o falsean la competencia.

En primer lugar será necesario determinar si se tratan de acuerdos, decisiones, recomendaciones o cualquier otra práctica restrictiva.

Una vez hecho esto se deberá resolver si los mismos tienen efectos sobre la libre competencia.

Si no son susceptibles de afectar al comercio entre los estados miembros y la libre competencia estas prácticas no son reprobables.

3. FALLO

La estructura que tiene el mercado publicitario televisivo y la posición que ocupan ATRESMEDIA y MEDIASET dentro de él hacen que para que los consumidores

puedan promocionar su producto de forma efectiva tengan que acudir a los canales principales por su elevada audiencia

Una vez que lo hacen estos les imponen una cuota que deben alcanzar para poder adquirir su producto.

Esto quiere decir que estos entes se encuentran en una posición de dominio dentro del mercado en el que actúan y que se están ayudando de la misma para realizar estas prácticas.

Ahora bien tal y como indica la CNMC lo anterior no indica que se haya transgredido la competencia, el hecho de que se den estas condiciones no conlleva *per se* que se haya producido una conducta prohibida.

Para poder resolver esta cuestión es necesario entrar a analizar si estas prácticas constituyen una conducta de abuso de posición de dominio o una práctica colusoria.

Para saberlo primero es necesario analizar las características del mercado en el que actúan.

El mercado televisivo tanto en abierto como de pago tiene unas “fuertes barreras” de entrada, las licencias necesarias para operar están limitadas por ley y se otorgan mediante concurso, además es un mercado “maduro” que se ha mantenido estable a lo largo del tiempo y en el que la oferta está muy concentrada en las grandes cadenas.

Dentro de este mercado juega un especial papel las agencias, son las instituciones que acogen la demanda, ya que, son un intermediario imprescindible, los consumidores acuden a ellas para llevar a cabo campañas publicitarias y en base a las características del productor eligen como promocionarlo, para estas agencias la televisión es un medio de difusión social esencial a la hora de realizar su tarea.

Estas agencias son un elemento fundamental que depende de los grupos ATRESMEDIA Y MEDIASET en el mercado español, como hemos dicho los anunciantes necesitan acudir a sus cadenas de gran audiencia para poder dar una eficaz promoción a sus productos.

Sabiendo esto, para enjuiciar las actuaciones que llevan a cabo MEDIASET y ATRESMEDIA ¿qué artículo se deberá aplicar?

Las conductas que llevan a cabo, en concreto la obligación de adquirir paquetes en los que se encuentran tanto su canal de gran audiencia como otros pequeños, está encaminada a aumentar su cuota de mercado haciendo crecer la participación en sus canales con una audiencia pequeña, por ello los demás operadores del mercado ven limitadas sus opciones de crecimiento.

El hecho de que se comercialice la publicidad de manera empaquetada conlleva la vinculación de la oferta de los grandes canales, que en muchos casos son necesarios en las campañas publicitarias, con los canales pequeños dentro de los cuales hay una mayor variedad.

No solo se perjudica al resto de operadores de mercado, sino que también se perjudica a los consumidores ya que se les obliga a adquirir la oferta publicitaria de los canales pequeños de estos grupos para así poder acceder a la publicidad de los canales grandes que en muchas ocasiones es esencial en el procedimiento de comercialización.

Si los consumidores del mercado se ven obligados a obtener un producto se vulnera la competencia ya que el resto de operadores dejan de actuar en igualdad de condiciones.

En cuanto a las cuotas mínimas de contratación de publicidad televisiva lo que hace es que directamente limita la posibilidad de contratar a terceros canales para cubrir la campaña, si no se llega a estas cuotas se penaliza al consumidor y en muchas ocasiones si llegan a esta cuota no pueden acudir a otros canales televisivos de forma tal que se obliga a contratar únicamente con las respectivas cadenas sin permitir hacerlo con otras.

Por último el sistema de extraprimas conlleva que las agencias están más interesada en contratar con estos dos medios y por consiguiente más desinteresadas en hacerlo con terceros, de esta forma se limita la libertad de elección económica.

Lo que se busca con esta práctica es aumentar los incentivos para así lograr concentrar la publicidad en sus canales llegando así ambas entidades a concentrar el 85% de los ingresos por publicidad televisiva en España lo que restringe la competencia y impide a los demás operadores del mercado crecer libremente.

Visto esto la CNMC afirma que estas conductas son acuerdos verticales.

Estos acuerdos son³⁸ *“acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen a efectos del acuerdo o de la práctica concertada en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”*.

Este órgano explica que a pesar de que se puede pensar en un primer momento que el concepto de acuerdo vertical no se puede aplicar en este caso, para el Tribunal Supremo³⁹ lo verdaderamente relevante, a los efectos de la calificación es la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre empresas que operen en distintos planos de la cadena de producción o distribución y esta definición puede incluir los servicios suministrados por el proveedor que son insumos necesarios para la prestación de los servicios o producción de bienes realizados por quien recibe los servicios.

Así pues se debe considerar que la publicidad es “insuma necesaria” en los procesos de producción de una serie de bienes a la hora de la puesta a disposición al consumidor final de estos.

Siendo la publicidad un elemento importante en la cadena de producción lo que hacen ambas cadenas es imponer cantidades obligatorias al comprador por lo que se convierten en sus únicos proveedores.

De esta forma la CNMC determina que las conductas de ambos grupos son prácticas colusorias y deben aplicarse el artículo 1 LDC y 101.1 TFUE.

Los principales afectados son los canales alternativos que no forman parte de estos grupos pero también se ven perjudicados los consumidores en menor medida.

Por ello este órgano impone sendas multas que ascienden a 38.246.520 euros en el caso de ATRESMEDIA y 38.979.080 euros en el caso de MEDIASET, además les insta a cesar en estas prácticas.

³⁸ Véase BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO “Tratado de derecho de la competencia” TOMO I (Barcelona) Wolters Kluwer, 2017, 2ª Ed. Pp.397 y ss

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 2019 (recurso de casación 5624/2017) (<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a19630bf29a864dc487780cd43a3643e79fb>)

4. COMENTARIO PERSONAL

Respecto a la contratación forzosa de paquetes de canales se puede decir que se produce una práctica anticompetitiva ya que se está obligando a los consumidores que quieren obtener publicidad a contratar canales pequeños

Hay pocos canales con gran audiencia por lo que si las agencias de medios quieren concertar grandes campañas publicitarias están obligadas a contratar con ellos

En este caso se impone la obligación de contratar con otros canales más pequeños para poder acceder a los canales grandes, por lo que parece que se están imponiendo las condiciones del acuerdo.

Por otro lado el hecho de que la gran mayoría de las propuestas comerciales de ATRESMEDIA y MEDIASET con los anunciantes contengan cuotas mínimas de inversión publicitaria obliga al anunciante a dedicar un porcentaje significativo de su campaña publicitaria general a estos entes, junto con las penalizaciones en caso de no hacerlo, también puede ser considerado como un efecto restrictivo de la competencia.

Aquí lo que se hace es fijar de forma directa las condiciones del servicio, se obliga a que si los anunciantes quieren contratar con estas cadenas deban hacerlo bajos los términos que ellas proponen⁴⁰.

Por último también se puede decir que el sistema de extraprimas para las agencias de medios constituye un abuso de posición de dominio.

Estas agencias tienen un papel fundamental en la publicidad televisiva como medio de negociación entre el usuario que busca dar publicidad a un producto y el medio de comunicación.

Estos descuentos logran que las agencias busquen preferentemente contratar campañas con ATRESMEDIA y MEDIASET perjudicando a los otros medios, para así obtener un mayor beneficio.

⁴⁰ Cabe recordar de nuevo la gran importancia que tienen los canales de gran audiencia que ambos grupos poseen y que son difícilmente sustituibles, muchas veces para poder realizar una campaña publicitaria es necesario acudir a este tipo de canales

No parece improbable el hecho de que practicas como las que se acaban de explicar se den en los servicios OTT, el mercado en el que actúan comparte unas características similares al de la publicidad televisiva y en él hay operadores excesivamente fuertes que pueden plantear problemas similares.

De nuevo se debe traer a colación las conductas de Google que ya han dado lugar a multas millonarias por sacar ventaja competitiva de su posición de dominio.

Plataformas como Netflix o HBO que representan la evolución del mercado de la televisión de pago tienen una posición dominante respecto a otros operadores.

No es improbable que lleven a cabo practicas colusorias como las que se acaban de ver y restrinjan la competencia para así poder obtener ventajas.

Será necesario que los órganos europeos y nacionales controlen a estas grandes multinacionales y les impidan realizar prácticas colusorias sino la competencia en los mercados como el audiovisual se verá seriamente afectada.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- Los servicios OTT suponen todo un reto en relación a los problemas relativos al derecho de la competencia, han crecido de forma abrumadora durante las últimas décadas y se prevé que sigan haciéndolo, sin embargo aún no se han tratado estas cuestiones más allá de algún caso puntual como el ya visto de GOOGLE.

Segunda.- Será tarea de los órganos competentes a nivel nacional o comunitario tratar estas nuevas cuestiones para que se mantenga la libre competencia.

La CNMC y especialmente la CE, ya que el ámbito de actuación de estas plataformas suele ser mundial o cuanto menos comunitario, deben realizar tanto trabajo preventivo como de control para tratar de que estos problemas a futuro tengan la menor injerencia posible en la competencia de los mercados

Tercera.- Las condiciones de estas plataformas junto con las de los mercados en los que actúan hacen previsible que se puedan dar estos problemas con mayor facilidad.

Los servicios OTT a menudo son grandes multinacionales que tienen un gran poder que les puede permitir influir en el mercado o modificar la estructura del mismo.

Cuarta.- Los servicios OTT y los problemas que plantean son un tema de actualidad.

A modo de ejemplo la Comisión europea aprobó la creación de Buendía Estudios⁴¹ el 17 de junio de este año, una compañía que está participada al 50% por MOVISTAR y ATRESMEDIA y que busca impulsar el contenido audiovisual español por todo el mundo.

Para conseguir su objetivo prevé asociarse con Amazon, Netflix, Warner o HBO entre otros.

En este caso se plantea un problema de concentración, dos entes poderosos se unen para crear otro ente que va a actuar como un servicio OTT y se puede plantear a futuro un

⁴¹ Véase la noticia de DIRCOMFIDENCIAL, La Comisión Europea aprueba la creación de Buendía Estudios, la productora creada por Atresmedia y Telefónica (<https://dircomfidencial.com/medios/la-comision-europea-aprueba-la-creacion-de-buendia-estudios-la-productora-creada-por-atresmedia-y-telefonica-20200617-2119/>)

problema de abuso de posición de dominio, ya que el ente surgido es poderoso y además prevé asociarse con otros servicios OTT que también lo son.

Quinta.- Las concentraciones suponen un riesgo en general para la competencia pero en el caso de estos servicios pueden ser incluso beneficiosas.

Como ya se ha visto no se prohíben las concentraciones sino que se controlan aquellas que superan determinados umbrales para asegurarse de que las mismas no modifiquen la estructura del mercado.

En los mercados en los que actúan estos servicios puede ser incluso aconsejable que se produzcan ya que en los mismos hay operadores muy fuertes y para poder competir contra los mismos puede que sean necesarias.

Ahora bien en ningún caso estas concentraciones deben suponer la eliminación de la competencia, siempre deben existir una serie de operadores que pueden actuar en el mercado y enfrentarse.

Sexta.- Dadas las características del mercado en el que actúan y las de los propios operadores es casi seguro que se produzcan situaciones de abuso de posición de dominio en un futuro.

La mera existencia de una posición de dominio no está prohibida por lo que no puede eliminarse, así pues el abuso o no de la misma solo depende del ente que la posee.

Con carácter general los servicios OTT son entes muy fuertes que pueden ocupar estas posiciones de dominio en los mercados.

Estos operadores, como todas las empresas, buscan obtener el mayor beneficio, por lo que con este afán es casi seguro que los entes poderosos abusarán de su posición para así poder obtener un mayor beneficio como ya han hecho sus predecesores, los operadores clásicos del sector audiovisual.

VII. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

OBRAS

1. BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO “Tratado de derecho de la competencia” TOMO I (Barcelona) Wolters Kluwer, 2017, 2ª Ed.
2. BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO “Tratado De Derecho de La Competencia” TOMO II (Barcelona) Wolters Kluwer, 2017, 2ª Ed. Cap. 24, el control europeo de las ayudas públicas (I): visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de estado). Cap. 25, el control europeo de las ayudas públicas (II): las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”.
3. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO “Apuntes de derecho mercantil. Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial” (Navarra) Aranzadi, 2019, 20ª Ed.
4. BOIX PALOP, ANDRES “Regulación y mercado en sector audiovisual español” (<http://admvo.derecho.uma.es/comunicaciones/Boix.pdf>).
5. CALVO CARAVACA, ALFONSO LUÍS y CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER “Las concentraciones de empresas” (Madrid) Colex, 2006.
6. ORDOÑEZ SOLÍS, DAVID “Derecho de las subvenciones y ayudas públicas” (Navarra) Aranzadi, 2011, 2ª Ed. Cap. 4, el derecho de las subvenciones y ayudas públicas en la Unión Europea. Principios Inspiradores. El control y el régimen de responsabilidad derivado de la gestión de los fondos europeos”.
7. SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ MARÍA “El proceso de liberalización y la regulación de las telecomunicaciones en España” (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElProcesoDeLiberalizacionYLaRegulacionDeTelecomuni-229968.pdf>).

DOCUMENTOS

1. CNMC 2015 “CARACTERIZACIÓN DEL USO DE ALGUNOS SERVICIOS OVER THE TOP EN ESPAÑA (COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y SERVICIOS AUDIOVISUALES)”

(<https://www.cnmc.es/sites/default/files/1533234.pdf>).

2. COMISIÓN EUROPEA ““Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services in view of changing market realities” (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0168&from=EN>).

3. OBSERVATORIO AUDIOVISUAL EUROPEO: FRANCISCO JAVIER CABRERA BLAZQUEZ, MAJA CAPPELLO, GILES FONTAINE, ISMAIL RABIE, SHPHIE "The legal framework for video-sharing platforms". Cap. 1, 2, 3 y 5 (<https://rm.coe.int/the-legal-framework-for-video-sharing-platforms/16808b05ee>).

4. PARLAMENTO EUROPEO, “La política audiovisual y de los medios de comunicación” (<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/138/la-politica-audiovisual-y-de-los-medios-de-comunicacion>).

5. QUADERNS DEL CAC AUDIOVISUAL OTT, NUEVAS FRONTERAS Y DESAFISO, MARTA ALBÚJAR VILLARRUBIA “Las plataformas OTT para la distribución de contenidos audiovisuales: ¿una amenaza para el duopolio de la televisión en abierto en España?” (https://www.cac.cat/sites/default/files/migrate/quaderns_cac/Q42_ES.pdf).

VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. RESOLUCIÓN (Expte. C/0534/13 IMAGINA/OVERON)

(https://www.cnmc.es/sites/default/files/396973_7.pdf) y

(<https://www.cnmc.es/sites/default/files/397035.pdf>)

2. RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0617/17 ATRESMEDIA/MEDIASET)

(<https://www.cnmc.es/expedientes/sdc061717>)

3. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973

(<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d6fe2a5c-f98a-4395-ad0a-194f70bcd83c/language-es>)

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Posición dominante. Asunto 85/76. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>)

5. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de noviembre de 2001 * En el asunto C-53/00, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Francia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Ferring SA

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=49B562CF4AC9CFE7E37F7A52C833C9A1?text=&docid=46868&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2239441>

6. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003 * En el asunto C-280/00, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Altmark Trans GmbH

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48533&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2239610>

7. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 10 de junio de 2010 «Ayudas de Estado – Subvenciones pagadas a una empresa de transporte marítimo que asume obligaciones de servicio público – Ley nacional que prevé la posibilidad de conceder

anticipos antes de la aprobación de un convenio» En el asunto C-140/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale di Genova (Italia), mediante resolución de 27 de febrero de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de abril de 2009, en el procedimiento entre **Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA y Presidenza del Consiglio dei Ministri** (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2B6FC1C1C750E5D466E12519BD25A236?text=&docid=82801&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5026654>)

8. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 2019 (recurso de casación 5624/2017) (<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a19630bf29a864dc487780cd43a3643e79fb>)