

# DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

DIRIGIDO POR:

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

---

## V AUDIOVISUAL

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

(Director)

MARIO RODRÍGUEZ VALDERAS

(Coordinador)

1.ª edición, 2012

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2012, by Santiago Muñoz Machado y otros

Iustel

Portal Derecho, S. A.

[www.iustel.com](http://www.iustel.com)

Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-128-3 (Vol. V Audiovisual)

ISBN: 978-84-9890-040-8 (Obra completa)

Depósito legal: M. 42.057-2011

Printed in Spain - Impreso en España

por Sociedad Anónima de Fotocomposición  
Talisio, 9. 28027 Madrid



FUNDACIÓN  
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
JOSE ORTEGA Y GASSET

## 4. Competencia y pluralismo en el sector audiovisual

José Carlos Laguna de Paz (\*)

SUMARIO: I. SU PROTECCIÓN: NORMATIVA APLICABLE: 1. *Regulación audiovisual en garantía de la competencia y el pluralismo*. 2. *Normas generales de defensa de la competencia*: A) Legislación aplicable: normativa europea y española. B) Ámbito: actuaciones económicas empresariales y actuación pública. C) En principio, la regulación sectorial desplaza la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia.—II. ESTRUCTURA DEL MERCADO Y GARANTÍA DEL PLURALISMO: 1. *Regulación sectorial en garantía del pluralismo*. 2. *Concentraciones empresariales*: A) Su delimitación. B) Razón de ser del control administrativo previo. C) Prohibición de concentraciones con efectos anticompetitivos. D) Notificación previa, procedimiento, remedios y sanciones.—III. ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: EN PARTICULAR, DERECHOS EXCLUSIVOS: 1. *Regulación sectorial: derechos exclusivos*. 2. *Prohibición de acuerdos y prácticas anticompetitivas*: A) Su prohibición. B) Clases de acuerdos. C) Exenciones. D) Invalidez, remedios y sanciones.—IV. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: 1. *Definición del mercado relevante*. 2. *Posición dominante en el mercado*. 3. *Prohibición de abuso de posición dominante*: A) Su alcance, fundamento y condiciones. B) Prácticas prohibidas. 4. *Remedios y sanciones* (remisión).—V. FINANCIACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO: 1. *Obligaciones de servicio público*: A) Su definición corresponde a los Estados. B) Los Estados deben decidir el sistema de financiación, siempre que sea conforme con las normas de competencia. C) En su actividad comercial, los operadores que tengan encomendadas obligaciones de servicio público no deben distorsionar la competencia. 2. *Financiación pública y ayudas estatales*: A) La financiación pública no constituye una ayuda estatal, cuando se limita a compensar el coste neto de prestación de una obligación de servicio público. B) Las ayudas están prohibidas, salvo que encuentren su justificación en un objetivo de interés general. C) Control por la Comisión Europea: notificación previa y su exención. 3. *Posibilidad de inaplicar las normas generales de defensa de la competencia a los servicios de interés económico general*.

### I. Su protección: normativa aplicable

1. En las dos últimas décadas, el sector audiovisual se ha poblado de operadores. Hemos pasado de un medio dominado por una o dos empresas de televisión —y alguna más de radio— a una situación caracterizada por una

---

(\*) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid.

creciente pluralidad de canales y emisoras: (i) que se difunden a través de diferentes vías de transmisión [hertziana, satélite, cable, línea telefónica (xDSL), red eléctrica (PLC)]; (ii) con nuevos protocolos tecnológicos (IPTV); (iii) en distintos niveles territoriales (internacional, nacional, autonómico y local); (iv) de manera lineal (radiodifusión) o no lineal (vídeo bajo demanda); (v) y tanto en abierto como previa suscripción. Los cambios tecnológicos favorecen la fragmentación de las audiencias, al tiempo que permiten la interactividad de los consumidores, que pueden seleccionar no sólo canales, sino también productos (vídeo bajo demanda).

2. El extraordinario desarrollo experimentado por el sector pone en cuestión, desde la definición misma de la actividad, hasta los fundamentos de su régimen jurídico tradicional. En este contexto, por fin, la normativa española se ha desprendido del servicio público, en virtud del cual la televisión y radio eran actividades cuya titularidad se reservaba el Estado (art. 128.2 CE). A lo más que se podía llegar era a la gestión indirecta de la actividad, a través de concesiones administrativas<sup>1</sup>. El servicio público sufrió una progresiva erosión, por leyes que sucesivamente fueron liberalizando alguna de sus modalidades, pero el núcleo de la actividad seguía reservado al Estado. En la actualidad, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), califica la actividad (televisión, radio y servicios conexos e interactivos) como un servicio de interés general, que se presta en régimen de libertad de empresa (art. 22.1 LGCA)<sup>2</sup>. Su ejercicio requiere una comunicación previa (art. 22.2 LGCA), acompañada de una licencia<sup>3</sup>, en caso de que se preste mediante ondas hertzianas terrestres (art. 22.3 LGCA). Como complemento del sistema —con una expresión confusa—, la Ley regula el «servicio público de comunicación audiovisual» (art. 40 LGCA), cuya prestación parece encomendarse sólo a operadores de titularidad pública (Título IV).

En este marco, adquiere una particular importancia la *garantía del pluralismo y la libre concurrencia en el sector audiovisual, cuya protección descansa tanto sobre la regulación sectorial, como sobre las normas generales de defensa de la competencia.*

---

<sup>1</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Televisión y Competencia*, La Ley, Madrid, 2000.

<sup>2</sup> El objeto de la Ley es aprobar la normativa básica en materia de comunicación audiovisual, así como la regulación de la comunicación audiovisual de cobertura estatal (art. 1 LGCA).

<sup>3</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Civitas, Madrid, 2006.

### 1. Regulación audiovisual en garantía de la competencia y el pluralismo

3. La Carta Europea de Derechos Humanos reconoce las libertades de expresión e información (art. 11.1 CEDH), al tiempo que prescribe el respeto a la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación (art. 11.2 CEDH). Por su parte, la *Directiva 2010/13/UE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, coordina aspectos relevantes del régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual (DSCA) <sup>4</sup>. El propósito es facilitar la efectividad de las libertades comunitarias, que se extienden también al sector audiovisual <sup>5</sup>. A estos efectos —en relación con los aspectos coordinados—, los Estados no pueden impedir la libre circulación de servicios (art. 3.1 DSCA), ni instaurar un segundo control sobre las emisiones (autorización previa) <sup>6</sup>. En definitiva, se trata de que las empresas de televisión se sujeten sólo a la legislación del Estado de establecimiento (principio de país de origen). Entre los aspectos coordinados, se establecen límites al régimen de *derechos exclusivos*, que han de ser compatibles con el derecho de información del público en general (art. 14 DSCA).

4. Con más amplio alcance, la *normativa audiovisual española* trata también de proteger la competencia y el pluralismo en el sector. A este respecto, pueden destacarse los siguientes aspectos:

(i) Se reconoce el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural (art. 4.1 LGCA), lo que lleva a establecer límites específicos a la concentración empresarial (art. 24.3 LGCA), así como a la emisión en cadena (art. 22, puntos 3 a 5, LGCA).

(ii) Se regulan los derechos exclusivos, que han de ser compatibles con el derecho de información y la no distorsión de la competencia (art. 19 LGCA).

---

<sup>4</sup> Esta norma deroga la Directiva del Consejo 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989 —durante años llamada de «Televisión sin Fronteras» (DTvsFr)—, que desde la Directiva 2007/65/CE pasa a denominarse de «servicios de comunicación audiovisual».

<sup>5</sup> El asunto llegó al TJCE, ante la negativa del propietario de una red de televisión por cable (*Sacchi*) a pagar a la RAI la tasa correspondiente. Uno de los argumentos utilizados fue que el monopolio de la RAI obstaculizaba la recepción en Italia de programaciones y publicidad extranjeras y, en consecuencia, que era contrario a la libertad de circulación de mercancías. El TJCE entendió que las emisiones de televisiones debían ser consideradas servicios. STJCE de 30.4.1974, 155/73, *Italia v. Sacchi*, Rec., p. 409. Vid. también STJCE de 26.4.1988, 352/85, *Bond van Adverteerders*; STJCE de 25.7.1991, C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*; STJCE de 25.7.1991, C-353/89, *Comisión/Países Bajos*.

<sup>6</sup> STJCE de 29.5.1997, C-14/96, *Paul Denuit*; STJCE de 9.7.1997, C-34/95, C-35/95 y C-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO)/De Agostini (Svenska) Förlag AB y TV-Shop i Sverige AB*.

(iii) Se garantiza la recepción en abierto de acontecimientos de interés general (art. 20.1 LGCA), así como un adecuado equilibrio entre el número de canales en abierto y de pago [la explotación de canales hertzianos de pago no podrá superar el 50% del conjunto del espectro asignado (art. 24.3 LGCA)].

(iv) Se incluyen reglas que impiden o dificultan el ejercicio abusivo del poder de mercado por parte de los operadores: extinción de la licencia por no realización de la actividad en el plazo de un año (art. 30.2 LGCA), lo que impide la acaparación de títulos habilitantes con la finalidad de limitar la competencia; temporalidad de las licencias audiovisuales, que permite una periódica renovación de los operadores (art. 28 LGCA), etc.

(v) Entre las tareas que se encomiendan al «servicio público de comunicación audiovisual» está la de contribuir a la formación de una opinión pública plural (art. 40.1 LGCA).

(vi) Se establecen límites a la financiación del servicio público de comunicación audiovisual (art. 43 LGCA), de manera que no se distorsione la competencia.

## 2. Normas generales de defensa de la competencia

5. En defecto de regulación audiovisual, entran en juego las normas generales de defensa de la competencia, cuya finalidad específica es la protección de la rivalidad en el mercado <sup>7</sup>. De manera mediata, con ello, se tutelan también los intereses de los consumidores, la libertad de empresa y la eficiencia económica.

### A) Legislación aplicable: normativa europea y española

6. La defensa de la competencia constituye una de las más características políticas de la UE. Las normas europeas se aplican con preferencia a las nacionales (principio de supremacía) <sup>8</sup>, siempre que se vea *afectado el comercio entre los Estados miembros* (arts. 101, 102 y 107 TFUE) <sup>9</sup>. Además, estos preceptos tie-

---

<sup>7</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 565 y ss. y «Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación», *REDA*, núm. 145, 2010, pp. 87 y ss.

<sup>8</sup> STJCE de 15.7.1964, 6/64, *Costa v. ENEL*; en su aplicación al Derecho de la competencia, STJCE de 13.2.1969, 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt*. M. FURSE, *Competition Law of the EC and UK*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2004, p. 36.

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices relativas al con-

nen *efecto directo*, por lo que los particulares pueden exigir su aplicación frente a los Estados (efecto directo vertical), así como frente a otros particulares (efecto directo horizontal). En concreto:

(i) En la aplicación de los *artículos 101-102 TFUE*, el R. 1/2003 diseña un sistema de *competencias concurrentes*, que comparten la Comisión y las autoridades nacionales, bien que reconociendo prioridad a aquélla (art. 5). Los afectados podrán presentar sus denuncias: tanto ante la Comisión Europea como ante las autoridades nacionales, que son también responsables de la aplicación directa de las normas comunitarias de la competencia, incluidos los casos en que se vea afectado el comercio entre Estados miembros (art. 3.1 R. 1/2003).

Se considera que la *Comisión Europea* es la *autoridad mejor situada para resolver*, cuando: a) la actuación tenga efectos en más de tres Estados miembros; b) el asunto esté estrechamente vinculado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a la Comisión; c) su intervención resulte más eficaz; d) se plantee un problema de competencia nuevo. En cambio, se entiende que una *autoridad nacional* está bien situada para tramitar un asunto, cuando: a) exista un vínculo material entre la infracción y su territorio; b) la respuesta de la autoridad nacional sea eficaz para poner fin a dicho comportamiento y —en su caso— sancionarlo adecuadamente. Cuando la intervención de una sola autoridad nacional no sea suficiente, también cabe la *actuación conjunta de varias autoridades*.

En todo caso, corresponde a la *Comisión* la *función directiva* en la definición, supervisión y aplicación del Derecho de la Competencia:

— Podrá aplicar directamente los artículos 101-102 TFUE, siempre que el interés público lo requiera (arts. 7.1 y 10 R. 1/2003).

— La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión privará a las autoridades nacionales de su competencia para aplicar los artículos 101-102 TFUE (art. 11.6 R. 1/2003).

— Cuando las autoridades nacionales —jurisdiccionales o administrativas— se pronuncien sobre actuaciones que ya hayan sido objeto de una Decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con ésta (art. 16 R. 1/2003). Tampoco adoptarán Decisiones que puedan entrar en conflicto con una Decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento.

---

cepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 TCE, DO C núm. 101, de 27.4.2004, pp. 81 y ss.

— La Comisión podrá adoptar reglamentos de exención por categorías (art. 101.3 TFUE). En casos concretos, también podrá denegar dicha exención (art. 101.3 TFUE).

(ii) La Comisión ha de velar por la aplicación de las disposiciones relativas a las *empresas públicas y empresas con derechos especiales o exclusivos* (art. 106.1 TFUE), así como de las empresas encargadas de servicios de interés económico general (SIEG) (art. 106.2 TFUE). A estos efectos, podrá dirigir a los Estados directivas o decisiones (art. 106.3 TFUE).

No obstante, la aplicabilidad de las normas de la competencia requiere que la actuación tenga *relevancia comunitaria*, lo que se produce cuando se den las dos siguientes condiciones: a) la actuación ha de ser susceptible de afectar al comercio entre Estados miembros <sup>10</sup>; b) la distorsión de la competencia ha de ser sensible, ya que las reglas comunitarias no se aplican a los asuntos de menor importancia <sup>11</sup>.

(iii) Finalmente, es competencia exclusiva de las *instituciones europeas* la calificación de las *ayudas estatales* y la declaración de su compatibilidad con el Derecho comunitario (arts. 108 y 109 TFUE) <sup>12</sup>. Salvo excepciones, los Estados no podrán otorgar ayudas que no hayan sido previamente autorizadas por la Comisión (art. 108.3 TFUE).

7. La jurisprudencia ha reconocido también la *posibilidad de aplicar simultáneamente el Derecho comunitario y el Derecho nacional* <sup>13</sup>, siempre que la conducta cumpla las condiciones de sujeción de ambos y entre ellos exista compatibilidad («teoría de la doble barrera»). Así se reconoce también en la normativa vigente:

— Las autoridades estatales *deben aplicar el Derecho comunitario*, siempre que la actuación pueda afectar al comercio entre Estados miembros, como exigen los artículos 101 y 102 TFUE [art. 3.1 del Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 16.12.2002, relativo a la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (R. 1/2003)].

— Los Estados *no podrán aplicar normas nacionales más estrictas que el artículo 101 TFUE* <sup>14</sup>: no podrán prohibir actuaciones que no restrinjan la compe-

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, 2001, marginales 31 a 33 (DO C 17, de 19.1.2001, pp. 4 y ss.).

<sup>11</sup> Comunicación 2001, marginal 32.

<sup>12</sup> STJCE de 22.3.1977, 78/76, *Steinike y Weinlig*, Rec. 1977, p. 595, marginal 9.

<sup>13</sup> STJCE de 13.2.1969, asunto *Wilhelm v. Bundeskartellamt*. L. CASES PALLAR'RS, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 60 y ss., en especial 64 y ss.

<sup>14</sup> M. FURSE, *Competition...*, 4.ª ed., cit., pp. 47-48.

tencia en el sentido del artículo 101.1 TFUE, o que reúnan las condiciones del artículo 101.3 TFUE o estén cubiertos por un reglamento de exención (art. 3.2 R. 1/2003).

— En cambio, los Estados *podrán aplicar legislaciones nacionales más estrictas*, que prohíban o sancionen determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral (art. 102 TFUE) (art. 3.2, *in fine*, R. 1/2003).

— Los Estados podrán proteger intereses legítimos distintos de los específicamente considerados en el control de las *concentraciones empresariales*, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario (art. 21.4, párrafo 1.º, R. 139/2004). Se considerarán tales la seguridad pública, la *pluralidad de los medios de comunicación* y las normas prudenciales (art. 21.4, párrafo 2.º, R. 139/2004). Cualquier otro interés público deberá ser comunicado a la Comisión, a fin de que valore su compatibilidad (art. 21.4, párrafo 3.º, R. 139/2004).

— Los Estados podrán aplicar normas nacionales que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 101-102 TFUE, siempre que resulte compatible con el Derecho comunitario (art. 3.3, *in fine*, R. 1/2003).

8. En el *Derecho español*, corresponde al Estado no sólo la aprobación de la *legislación*, sino también las *principales atribuciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia* (art. 149.1.1.ª, 6.ª, 11.ª, 13.ª CE):

(i) Conductas que alteren —o puedan alterar— la competencia en un *ámbito supraautonómico* o en el conjunto del mercado nacional (art. 1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia).

(ii) La autorización de conductas anticompetitivas corresponderá al Estado o a las CCAA de acuerdo con los criterios (*puntos de conexión*) establecidos en la Ley (art. 1.4 de la Ley 1/2002).

(iii) En todo caso, corresponden al Estado competencias en las siguientes *materias* (art. 1.5 L. 1/2002): a) control de las concentraciones económicas; b) control de las ayudas públicas; c) aprobación de reglamentos de exención que autoricen categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas; d) representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades nacionales, foros y organismos internacionales; e) aplicación en España de los artículos 101-102 TFUE y de su Derecho derivado.

En este contexto, corresponde a las CCAA que hayan asumido atribuciones en la materia el ejercicio de competencias ejecutivas respecto de las con-



ductas que —sin afectar a un ámbito superior a su territorio o al conjunto del mercado nacional—, alteren o puedan alterar la libre competencia en su territorio (art. 1.3 de la Ley 1/2002) <sup>15</sup>.

La *coordinación* de la CNC con los órganos competentes de las CCAA se llevará a cabo según lo dispuesto en la Ley 1/2002 <sup>16</sup> [art. 15.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDComp)]. A este respecto, la normativa prevé una completa gama de herramientas, que tratan de evitar que se produzcan conflictos y, en su caso, de facilitar su resolución.

## B) *Ámbito: actuaciones económicas empresariales y actuación pública*

9. El Derecho de la Competencia se aplica a las *actuaciones económicas que las empresas* realicen de manera autónoma, siempre que tengan entidad suficiente para afectar al proceso competitivo en el mercado:

(i) El concepto de *empresa* comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico —público o privado— y de su modo de financiación <sup>17</sup>.

(ii) Se entiende por *actividad económica* cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado <sup>18</sup>.

(iii) La *actuación ha de ser autónomamente decidida por las empresas*. El Derecho de la Competencia no se aplica cuando es la normativa la que impone

<sup>15</sup> STC 208/1999, de 11.11, FFJJ 6.º y 7.º

<sup>16</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 3 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA, «Comentario de urgencia a la Ley 1/2002», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 10 y ss.; P. YANES YANES, «Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 221, 2002, pp. 45 y ss.; X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Comunidades...*, cit.; J. C. LAGUNA DE PAZ, «La defensa de la competencia como atribución autonómica», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 21, mayo 2010, pp. 217 y ss.

<sup>17</sup> STJCE de 23.4.1991, C-41/90, *Höfner y Elser*, (Rec. p. I-1979), marginal 21; STJCE de 17.2.1993, C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre* (Rec. p. I-637), marginal 17; STJCE de 16.11.1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* (Rec. p. I-4013), marginal 14; STJCE de 21.7.1999, C-67/96, *Albany* (Rec. p. I-5751), marginal 77; STJCE de 21.9.1999, C-115/97 a C-117/97, *Brentjens'* (Rec. p. I-6025), marginal 77; STJCE de 21.9.1999, C-219/97, *Drijvende Bokken* (Rec. p. I-6121), marginal 67; STJCE de 12.9.2000, C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, Rec. p. I-6451, marginal 74.

<sup>18</sup> STJCE de 16.6.1987, 118/85, *Comisión v. Italia* (Rec. p. 2599), marginal 7; STJCE de 18.6.1998, C-35/96, *Comisión v. Italia* (Rec. p. I-3851), marginal 36; STJCE de 12.9.2000, C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, Rec. p. I-6451, marginal 75.

una actuación anticoncurrencial <sup>19</sup>, si bien esta exclusión es objeto de una interpretación muy restrictiva <sup>20</sup>.

(iv) *La actuación ha de tener incidencia en la concurrencia*, es decir, ha de poder afectar el proceso competitivo en el mercado.

10. El Derecho de la Competencia se aplica también a las *actuaciones públicas*. El ordenamiento jurídico —europeo y español— impone a los Poderes públicos el deber de alcanzar sus fines con respeto a la libre competencia y al mercado (arts. 2.3 y 4.2 LDComp), salvo que así resulte de la aplicación de una ley (art. 4.2 LDComp). Las empresas públicas y empresas titulares de derechos especiales o exclusivos se sujetan también a las normas de defensa de la competencia (art. 106.1 TFUE).

C) *En principio, la regulación sectorial desplaza la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia*

11. En sectores sujetos a una intensa intervención pública —como el audiovisual—, con frecuencia, una misma conducta puede ser abordada desde dos tipos de normas: regulación sectorial (*ex ante*) y legislación de defensa de la competencia (*ex post*) <sup>21</sup>. A este respecto hay que distinguir dos supuestos <sup>22</sup>:

(i) En general, ambas normas son *complementarias*. El Derecho de la Competencia es limitado, tanto por razón de su objeto, como de los instrumentos a su disposición. De ahí que la protección de determinados bienes jurídicos, necesariamente, requiera la regulación sectorial (controles de acceso al mercado, adjudicación de derechos de uso, imposición de obligaciones de servicio público, etc.). En los aspectos no contemplados por la regulación sectorial, las normas de defensa de la competencia ofrecen una protección horizontal del proceso competitivo.

<sup>19</sup> STJCE de 11.11.1997, C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia v. Ladbrooke Racing*, Rec. p. I-6265, marginal 33 y la jurisprudencia citada; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 85.

<sup>20</sup> STJCE de 29.10.1980, 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landewyck y otros v. Comisión*, Rec. p. 3125, marginales 130 a 134; STJCE de 20.3.1985, 41/83, *Italia v. Comisión*, Rec. p. 873, marginal 19; STJCE de 10.12.1985, 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie y otros v. Comisión*, Rec. p. 3831, marginales 27 a 29; STJCE de 9.9.2003, C-198/01, *CIJ*, Rec. p. I-8055, marginal 67; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 86.

<sup>21</sup> OECD, *Abuse of dominante in regulated sectors*, DAF/COMP/GF (2005) 3, pp. 3-4. FAULL y NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2007, pp. 1484 y ss.

<sup>22</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de Interés Económico General*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 83 y ss.

(ii) No obstante, en algunos casos, la *regulación sectorial protege los mismos bienes jurídicos que son específicamente cubiertos por las normas generales de defensa de la competencia*<sup>23</sup>. En estos supuestos, en general, la regulación sectorial —por su especificidad— *desplaza* la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Como excepción, en algunos casos, se pueden aplicar *conjuntamente* ambas normas<sup>24</sup>. Se trata de supuestos en los que la regulación sectorial limita, pero no agota, el ámbito de decisión autónomo del operador. La aplicación de las normas de defensa de la competencia tiene la función de evitar que dicho margen sea utilizado para la realización de actuaciones anticoncurrenciales<sup>25</sup>.

## II. Estructura del mercado y garantía del pluralismo

12. La Ley reconoce el derecho de todas las personas a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios —públicos y comerciales—, que reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad (art. 4.1 LGCA). A estos efectos sirve (i) tanto la legislación audiovisual, (ii) como las reglas sobre concentración empresarial establecidas en las normas generales de defensa de la competencia.

### 1. Regulación sectorial en garantía del pluralismo

13. La aplicación de las normas generales de defensa de la competencia puede resultar insuficiente para proteger el pluralismo informativo (en radio y televisión)<sup>26</sup>. Niveles de concentración empresarial tolerables en una actividad industrial pueden ser insatisfactorios respecto de los medios de comunicación social. De ahí que los Estados incluyan normas específicas, que impiden o dificultan procesos de concentración que serían inmunes al Derecho de la Competencia<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones...*, 3.ª ed., cit., pp. 567 y ss.

<sup>24</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, «Abuso de posición dominante por “compresión de márgenes” aplicando precios sujetos a regulación *ex ante*: STPI *Deutsche Telekom*», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 167 y ss.

<sup>25</sup> La posibilidad de aplicación conjunta de ambos tipos de normas ha sido criticada: L. A. VELASCO SAN PEDRO, «Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones», en T. DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.), *Derecho de la Regulación Económica. Tomo IV. Telecomunicaciones*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 735-736.

<sup>26</sup> E. BARENDT, *Broadcasting law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 122 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, «La concentración en los medios de comunicación social», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. R. Martín Mateo*, vol. 3, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 2825 y ss.

<sup>27</sup> E. BARENDT, *Broadcasting...*, cit., p. 127; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televi-*

14. Desde comienzos de los noventa, el Parlamento Europeo viene manifestando su preocupación por la concentración en los medios <sup>28</sup>, advirtiendo que las normas de defensa de la competencia —por sí solas— no pueden garantizar el pluralismo informativo <sup>29</sup>. La institución ha invitado en distintas ocasiones a la Comisión Europea a la propuesta de medidas concretas para garantizar el pluralismo. Fruto de este empeño, ésta publicó en 1992 un *Libro Verde sobre Concentración de Medios y Pluralismo* <sup>30</sup>. Asimismo, elaboró un borrador de Directiva, relativo a la protección del pluralismo en los medios de comunicación, que finalmente no encontró el necesario impulso político para su aprobación <sup>31</sup>. Las reacciones que cosechó el proyecto —así como la sensibilidad política que mostraron las sucesivas consultas llevadas a cabo por la Comisión— hicieron que ésta abandonara la idea de aprobar una normativa armonizadora sobre la propiedad de los medios de comunicación. A partir de entonces, se adoptó un enfoque más realista, sensible a las particularidades que presentan los mercados de medios de comunicación en los distintos Estados miembros <sup>32</sup>. En este contexto, a comienzos de 2007, la Comisión publicó un documento de trabajo en el que se analiza el pluralismo en los Estados miembros <sup>33</sup>. Está previsto que a lo largo de 2010 apruebe una Comunicación, que irá seguida de una amplia discusión pública sobre el tema <sup>34</sup>. Asimismo, el Consejo de Ministros y el PE se han pronunciado a favor del mantenimiento del pluralismo en los medios de comunicación <sup>35</sup>.

---

*sión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 43, 62-64, 74-75, 82-87, 95-97, 143-145; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. III, *Televisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 208 y ss. A favor del establecimiento de una regulación específica, B.-P. LANGE, «The adoption of transparency measures in relation to the ownership of media enterprises», en S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho europeo del audiovisual*, tomo 1, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 769 y ss. Más matizadamente, M. NIEWIARRA, «A european regulation on media concentration is necessary?», en S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho europeo del audiovisual*, tomo 1, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 759 y ss.

<sup>28</sup> Resoluciones del PE de 15.2.1990 (DOCE núm. C 68, de 19.3.1990) y de 16.9.1992 (DOCE núm. C 284, de 2.11.1992).

<sup>29</sup> Resolución del PE de 16.9.1992 (DOCE núm. C 284, de 2.11.1992).

<sup>30</sup> COM (92) 480 final. *Vid.* también la Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE, de 21.2.1990 [COM (90) 78 final].

<sup>31</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., pp. 216 y ss.

<sup>32</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., p. 206. *Vid.* también B.-P. LANGE, «The adoption...», cit., pp. 769 y ss.

<sup>33</sup> EUROPEAN COMMISSION, «Commission Staff Working Paper, Media Pluralism in the Member States of the European Union», 16.1.2007, SEC (2007) 32, [[http://ec.europa.eu/information\\_society/media\\_taskforce/doc/pluralism/media\\_pluralism\\_swp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/doc/pluralism/media_pluralism_swp_en.pdf)].

<sup>34</sup> «Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States - Towards a Risk-Based Approach» [[http://ec.europa.eu/information\\_society/media\\_taskforce/pluralism/study/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/pluralism/study/index_en.htm)].

<sup>35</sup> Recomendación CM/Rec(2007)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros,

15. La *legislación española* relativa a la concentración de empresas de comunicación es desigual. La prensa escrita está exenta de límites legales, sin perjuicio de la obligación que asumen los Poderes públicos de velar por los derechos implicados en la actividad, especialmente en caso de monopolios informativos<sup>36</sup>. En cambio, existen restricciones en materia de radio y televisión, que se han ido adaptando con el tiempo. *La legislación hasta ahora vigente adoptaba dos tipos de medidas:*

(i) Límites a la acumulación de *títulos habilitantes* para la realización de la actividad, así como a la *participación en más de una empresa de radio y televisión:*

— En el sector de la *televisión*, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (LTPri) —en consonancia con la severa limitación de los títulos administrativos habilitantes—, impedía que ninguna persona fuera titular de acciones en más de una sociedad concesionaria (art. 19.1). No obstante —en 2009—, dichas limitaciones fueron sustituidas por restricciones que atienden a la *audiencia media de las empresas participadas (televisión estatal)*, al *número mínimo de concesionarios* y a la *acumulación de derechos de uso del dominio público radioeléctrico* (televisión estatal y autonómica).

— La Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal (LTerC) preveía la gestión por parte de las CCAA de un solo canal de televisión hertziana terrestre de titularidad estatal (art. 1), que —en algunos casos— fue después ampliado a un segundo canal. Por otra parte, nada impedía que las

---

sobre el pluralismo en los medios de comunicación y la diversidad de contenidos, adoptada el 31.1.2007, Resolución del PE, de 25.9.2008, sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea [2007/2253(INI)].

<sup>36</sup> Con carácter general, el artículo 5 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, encomienda a la Administración la garantía del ejercicio de las libertades y derechos implicados, debiendo perseguir cualquier actividad contraria a ellos «y, en especial las que a través de monopolios u otros medios intenten deformar la opinión pública o impidan la libre información, difusión o distribución». A su vez, el artículo 50.2 exigía nacionalidad española y residencia en España para la constitución de empresas editoriales, aunque sólo establecía restricciones para los españoles no residentes en España, que podían participar en las empresas editoriales hasta en un 50% de su patrimonio o capital social. Posteriormente, la Ley 43/1982, de 7 de julio, reguló el régimen de inversiones extranjeras en empresas editoriales. Con todo, esta normativa se ha visto afectada por el Derecho comunitario. La Ley 18/1992, de 1 de julio, relativa a las inversiones extranjeras en España —aunque no deroga expresamente la norma recién citada—, no incluye a las empresas editoriales entre los sectores con regulación específica. La garantía del pluralismo en este sector viene siendo apoyada por los Poderes públicos mediante el establecimiento de sistemas de ayudas. Como expresaba la exposición de motivos de la Ley 29/1984, de 2 de agosto, por la que se regula la concesión de ayudas a empresas periódicas y agencias informativas (modificada por disposiciones posteriores), la finalidad última de estas ayudas es «corregir la creciente concentración de los medios informativos, protegiendo las distintas corrientes de opinión propias de una sociedad democrática...».

sociedades concesionarias del tercer canal desarrollaran otras modalidades televisivas.

— La Ley 41/1995, de Televisión local por ondas hertzianas terrestres (LTLo), no establecía restricciones a la concentración empresarial en este ámbito (art. 13), aunque indirectamente garantiza el pluralismo con la prohibición de que las televisiones locales emitan o formen parte de una cadena de televisión (art. 7 LTLo), lo que subvertiría su verdadero carácter de televisiones locales.

— La Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por satélite (LTSa), no establecía limitaciones a la concentración empresarial.

(ii) *Límites a la participación accionarial en la propia empresa*<sup>37</sup>. Con ello, se trataba de favorecer el pluralismo en los casos de limitación del número de títulos habilitantes<sup>38</sup>. No obstante, estas restricciones fueron suprimidas por dos razones: a) dificultaban la gestión empresarial<sup>39</sup>; b) pierden sentido a medida que el pluralismo externo se hace posible.

16. En la actualidad, la normativa establece *límites a la concentración empresarial en televisión*, que toman en cuenta cuatro criterios:

(i) La *audiencia media* del conjunto de canales:

— Con carácter general, la Ley reconoce la posibilidad de que las personas —físicas y jurídicas— puedan ser titulares simultáneamente de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva (art. 36.1 LGCA).

— No obstante, ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una *participación significativa* en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal, cuando la *audiencia media* del conjunto de canales de los prestadores de ámbito estatal considerados supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses anteriores a la adquisición (art. 36.2 LGCA). La superación de este umbral con posterioridad a la adquisición de

<sup>37</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen...*, cit., p. 243.

<sup>38</sup> El artículo 19.1 LTPri —en su redacción originaria— exigía que ninguna persona adquiriese, directa o indirectamente, una participación superior al 49% del capital de la sociedad concesionaria (art. 19.1 LTPri). Se consideraban supuestos de interposición o de participación indirecta todos aquellos en los que —mediante acuerdos, decisiones o prácticas concertadas— se produzca el resultado del control o dominación efectiva del capital en proporción superior a la autorizada (art. 23 LTPri). El incumplimiento sobrevenido de los límites establecidos en el artículo 19 LTPri determinaba la extinción de la concesión, a menos que la sociedad subsane dicho incumplimiento, en el plazo de un mes desde el requerimiento de la Administración.

<sup>39</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., p. 75.

una nueva participación significativa no está sujeta a dicha limitación (art. 36.3 LGCA).

— Las participaciones sociales o los derechos de voto de nacionales de *países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo* estarán sujetas al principio de *reciprocidad* (art. 36.4 LGCA). En todo caso, el porcentaje total que ostenten en el capital social del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva debe ser inferior al 50% (art. 36.4 LGCA).

(ii) Los *derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico*: ninguna persona —física o jurídica— podrá adquirir una participación significativa, o derechos de voto, en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, cuando con ello se acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores a la capacidad técnica de *dos canales múltiple* (en el ámbito estatal) o de *un canal múltiple* (en el ámbito autonómico) (art. 36.5 LGCA).

(iii) Ninguna persona —física o jurídica— titular o participe en el capital social de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en el capital de otro prestador del mismo servicio, cuando ello suponga *impedir la existencia —al menos— de tres prestadores privados distintos del servicio de comunicación audiovisual televisiva en el ámbito estatal* [art. 36.5.c) LGCA].

(iv) En el ámbito de cobertura estatal, el Estado no podrá reservar o adjudicar a los *prestadores de titularidad pública* más del 25% del espacio radioeléctrico disponible para el servicio de televisión en el ámbito estatal, de acuerdo con el Plan Técnico Nacional correspondiente (art. 42.4 LGCA).

17. Asimismo, se establecen normas que tratan de garantizar el pluralismo en la *radio*, adaptadas a la distinta estructura del medio:

(i) Se establecen así *limitaciones a la titularidad del número de licencias*, que se aplicarán de forma independiente a las de tecnología digital y analógica (art. 37.5 LGCA):

— Una misma persona, física o jurídica, no podrá controlar —directa o indirectamente— más del *50% de las licencias* administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura (art. 37.1 LGCA). En todo caso, no podrá controlar *más de cinco licencias en un mismo ámbito de cobertura* (art. 37.1, *in fine*, LGCA).

— En una misma CA, ninguna persona —física o jurídica— podrá controlar más del *40% de las licencias existentes* en ámbitos en los que sólo tenga cobertura una única licencia (art. 37.2 LGCA).

— Ninguna podrá controlar —directa o indirectamente— más de *un tercio* del conjunto de las licencias del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado (art. 37.3 LGCA).

— Con objeto de limitar el número de licencias cuyo control puede simultanearse, a la hora de contabilizar estos límites *no se computarán las emisoras de radiodifusión sonoras gestionadas de forma directa por entidades públicas* (art. 37.4 LGCA).

(ii) El Estado no podrá reservar a los *prestadores de titularidad pública estatal más del 35% del espacio radioeléctrico* disponible para el servicio de radiodifusión (art. 42.4 LGCA).

18. Como puede verse, no se establecen límites a la *concentración multimedia*. No se excluye la posibilidad de que el concesionario sea titular de otros medios de comunicación, incluidas otras modalidades televisivas<sup>40</sup>, lo que, en cambio, es norma en otros países. De ahí que la legislación española —ante las fuertes tendencias a la concentración de medios—, parezca insuficiente a este respecto.

19. Con la finalidad de garantizar el pluralismo, la *Corporación de Radio y Televisión Española cederá gratuitamente sus canales* a los prestadores de servicios de televisión (art. 31.3 LGCA). Los titulares de licencias estatales cederán sus canales principales en abierto, a cambio del precio que fijen las partes.

## 2. Concentraciones empresariales

20. Como hemos visto, la normativa audiovisual establece una serie de límites a la concentración empresarial, que tratan de proteger el pluralismo en el sector. Además, las operaciones de concentración se sujetan al control administrativo que establecen las normas generales de defensa de la competencia,

---

<sup>40</sup> En relación con la radio, la disposición adicional 6.<sup>a</sup>1.d) LOT (declarada en vigor por la disposición transitoria 12.<sup>a</sup>, párrafo 2.º, LGTel, pero derogada por la LGCA) disponía que: «En ningún caso, una misma persona física o jurídica podrá ser titular de más de una concesión para la explotación de servicios de radiodifusión sonora de onda media ni de más de dos concesiones para la explotación de servicios de radiodifusión sonora de ondas métricas con modulación de frecuencia que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura.

El otorgamiento de más de una concesión a una misma persona física o jurídica para la explotación de los servicios de radiodifusión sonora de ondas métricas con modulación de frecuencia que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura sólo podrá realizarse si por el número de las ya otorgadas queda suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica».



cuya razón de ser es la preservación de la estructura competitiva del mercado <sup>41</sup>.

#### A) *Su delimitación*

21. La concentración empresarial conlleva un *cambio duradero del control de la empresa* (arts. 3.1 R. 139/2004 <sup>42</sup> y 7.1 LDCComp). Éste puede resultar de los derechos, contratos u otros medios que confieran la posibilidad de ejercer una *influencia decisiva* sobre una empresa (arts. 3.2 y 3 R. 139/2004 y 7.2 LDCComp). En definitiva, la concentración supone la mutación permanente de la estructura —patrimonial, organizativa o de gestión— de organizaciones hasta ese momento independientes, que quedan sometidas a una dirección económica única <sup>43</sup>. En cambio, se excluyen las meras reestructuraciones internas, así como las actuaciones coordinadas entre empresas autónomas <sup>44</sup>.

#### 22. *Modalidades:*

(i) *Fusión* de dos o más empresas, o partes de empresas, anteriormente independientes [arts. 3.3 R. 139/2004 y 7.1.a) LDCComp]. La fusión supone la reunión del elemento personal y material de varias sociedades en una nueva, que es creada o que absorbe a la anterior <sup>45</sup>.

(ii) La adquisición del *control* sobre la totalidad —o parte— de una o varias empresas [art. 7.1.b) LDCComp].

(iii) Creación de una *empresa en participación* que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma [arts. 3.4 R. 139/2004 y 7.1.c) LDCComp]. En cambio —si la empresa en par-

<sup>41</sup> Como muestra —a la vista de los posibles obstáculos para la competencia—, en junio de 2010, la CNC inició la segunda fase de control en dos operaciones de concentración: (i) adquisición por *Gestevisión Telecinco* del control exclusivo de la *Cuatro*; (ii) adquisición por parte de *Prisa, Telefónica y Telecinco* del control conjunto de *Digital +*. Ambas operaciones habían sido remitidas a España por parte de la Comisión Europea, para su análisis por parte de la CNC.

<sup>42</sup> DO L 24, de 29 de enero, pp. 1-22. Esta norma ha sido desarrollada por el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133, de 30 de abril, pp. 1-39).

<sup>43</sup> A. DE LA CRUZ, «El control de concentraciones en el Mercado Común y en España», *Revista General de Derecho*, 1991, pp. 6271 y ss.; L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 54-55 y 220 y ss.

<sup>44</sup> No tendrá la consideración de concentración económica la mera redistribución de valores o activos entre las sociedades de un mismo grupo, por cuanto no existe modificación de la estructura de control (art. 2.2 del RD 1443/2001).

<sup>45</sup> J. M. EMBID IRUJO, «La fusión de sociedades», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 152, 1997, pp. 87 y ss.

ticipación tiene por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúan siendo independientes (art. 3.2, párrafo 2.º, R. 139/2004)—, el control debe llevarse a cabo de acuerdo con los criterios del artículo 101 TFUE (arts. 2.4 R. 139/2004 y 10.2 LDComp) <sup>46</sup>.

23. En cambio, *no se produce una concentración* en los siguientes casos (arts. 3.5 R. 139/2004 y 7.3 LDComp):

(i) Mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo [art. 7.3.a) LDComp].

(ii) Cuando una entidad financiera, cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos, adquiera con carácter temporal participaciones de una empresa con vistas a revenderlas [arts. 3.5.a) R. 139/2004 y 7.3.b) LDComp]. Además, no ha de ejercer los derechos de voto con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.

(iii) Operaciones realizadas por sociedades de participación financiera (art. 5.3 de la Directiva 78/660/CEE) que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto sólo sean ejercidos para mantener el valor de tales inversiones, no para determinar su comportamiento competitivo [arts. 3.5.c) R. 139/2004 y 7.3.c) LDComp].

(iv) Cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa nacional relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo [arts. 3.5.b) R. 139/2004 y 7.3.d) LDComp].

#### B) *Razón de ser del control administrativo previo*

24. Las empresas tratan de alcanzar la dimensión adecuada, necesaria para que mejoren su competitividad, así como para cualificar y multiplicar sus servicios <sup>47</sup>. De ahí que la concentración pueda llevar consigo efectos beneficiosos para las empresas, para el mercado y para los consumidores <sup>48</sup>. Sin embargo,

---

<sup>46</sup> M. MEROLA, «El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresas: el Reglamento n.º 1310/1997 que modifica el Reglamento n.º 4064/1989», *Derecho de los Negocios*, núm. 90, 1998, pp. 9 y ss.; F. L. DE LA VEGA GARCÍA, «Filiales comunes coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas independientes y Derecho de la Competencia», *RGD*, núm. 645, 1998, pp. 7576 y ss.

<sup>47</sup> Esta filosofía subyace al R. 139/2004, cuya EM (núms. 3 y 4) se pronuncia expresamente por los efectos positivos que pueden tener las concentraciones empresariales.

<sup>48</sup> J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 577 y ss.

no todos los procesos de consolidación son saludables. Hay concentraciones que destruyen la estructura competitiva del mercado y, con ello, también el pluralismo. Ésta es la razón de ser del control de las concentraciones empresariales: evitar la adquisición de una posición de dominio en el mercado, mediante operaciones extrañas a la competencia de prestaciones, que conduzcan a la eliminación de la concurrencia entre empresas o al establecimiento de una estructura de la oferta que dificulte la aparición de nuevos competidores <sup>49</sup>.

25. La *normativa europea* se aplica en los siguientes casos:

(1) *Concentraciones de dimensión comunitaria*, medida en términos de volumen de negocios (art. 1.1 R. 139/2004): aquellas en las que —acumulativamente— se den las dos siguientes condiciones (art. 1.2 R. 139/2004):

— a escala mundial, el volumen total de negocios <sup>50</sup> del conjunto de las empresas afectadas ha de superar los 5.000 millones de €, y

— a escala europea, al menos dos de las empresas afectadas han de tener un volumen de negocios superior a 250 millones de € <sup>51</sup>.

Además, se considera que —pese a no alcanzar los umbrales anteriores— tienen dimensión comunitaria las concentraciones que reúnan los requisitos previstos en el artículo 1.3 R. 139/2004.

Como *excepción*, el Reglamento no se aplica cuando cada una de las empresas objeto de concentración realice en un mismo Estado más de las dos terceras partes de su volumen de negocios comunitario (art. 1.2, *in fine*, R. 139/2004) <sup>52</sup>.

La Comisión podrá *remitir* —total o parcialmente— a un Estado miembro el control de una concentración, cuando pueda afectar de manera significativa a la competencia en su territorio (arts. 4.4 y 9 R. 139/2004). La remisión comporta la *aplicación de la normativa nacional* a la operación [arts. 4.4 y 9.3.b) R. 139/2004].

---

<sup>49</sup> L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones...*, cit., p. 57.

<sup>50</sup> Los parámetros para el cálculo del volumen de negocios de las empresas afectadas se contienen después en el artículo 5 R. 139/2004. *Vid.* la Comunicación de la Comisión Europea relativa al cálculo del volumen de negocios (DOCE núm. C 385, de 31.12.1994, pp. 21 y ss.).

<sup>51</sup> El artículo 1.4 y 5 R. 139/2004 prevé la actualización de los umbrales.

<sup>52</sup> A. DE LA CRUZ, «El control de concentraciones en el Mercado Común y en España», *RGD*, 1991, pp. 6283 y ss.; J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «El régimen de las concentraciones de empresas en el ordenamiento de la Unión europea», en I. VEGA MOCOROA, *La integración económica europea: curso básico*, Lex Nova, Valladolid, 1996, pp. 511 y ss.

(2) Concentraciones sin dimensión comunitaria, pero susceptibles de ser analizadas —al menos— en tres Estados miembros, que sean *remitidas* para su control por la Comisión Europea (art. 4.5, párrafo 1.º, R. 139/2004). No obstante, basta con que un Estado afectado se oponga a la remisión para que ésta no pueda producirse (art. 4.5, párrafo 4.º, R. 139/2004).

26. En el *Derecho español*, se sujetan al procedimiento de control las concentraciones en las que —al menos— *concurra una de las dos siguientes circunstancias* (art. 8.1 LDComp):

a) Como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una *cuota* igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio, en el ámbito nacional, o en un mercado geográfico definido dentro de éste.

b) El *volumen global de negocios* en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de €, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de €<sup>53</sup>.

También se sujetan al control de las autoridades españolas las operaciones que hayan sido objeto de *remisión* por la Comisión Europea (art. 8.2 LDComp).

### C) *Prohibición de concentraciones con efectos anticompetitivos*

27. El criterio es si la concentración es o no susceptible de *obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva* en el mercado común —o en una parte sustancial de éste—, en particular, como consecuencia de la *creación o reforzamiento de una posición dominante* (art. 2 R. 139/2004). Se autorizarán las operaciones que no tengan dichos efectos (art. 2.2 R. 139/2004), mientras que se prohibirán las que los produzcan (art. 2.3 R. 139/2004).

Por su parte, la CNC valorará las concentraciones económicas, atendiendo a la posible *obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva*, en todo o en parte del mercado nacional (art. 10.1 LDComp).

28. En la evaluación de las concentraciones, las autoridades de la competencia atenderán, entre otros, a los siguientes *factores*, que —con escasas variantes— reflejan las normas europeas y españolas (arts. 2.1 R. 139/2004 y 10.1 LDComp):

<sup>53</sup> El cálculo del volumen de ventas se hará de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3 del RD 1443/2001.

- estructura de todos los mercados afectados,
- posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
- competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad (o del territorio nacional),
- posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- intereses de los consumidores intermedios y finales,
- existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
- evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
- eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

En su caso, en la valoración de la concentración podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización (art. 10.3 LDComp).

29. Ha de existir una relación de *causalidad* entre la operación de concentración y la restricción de la competencia <sup>54</sup>. De ahí que este vínculo falte en los casos de crisis empresarial (*failing company defense*), siempre que se den tres condiciones: (i) que —en el supuesto de no tener lugar la adquisición—, la empresa absorbida se viera forzada a salir del mercado en breve; (ii) que, en todo caso, la empresa adquirente fuera a hacerse con la cuota de mercado de la empresa adquirida; (iii) y que no exista ninguna otra alternativa con efectos menos restrictivos sobre la competencia <sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> P. MAPELLI-FRANCESCO STELLA, «Concentrazioni tra imprese e *failing company defense*: un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza comunitaria», *Giurisprudenza Commerciale*, núm. 1, 1999, pp. 49/I y ss.

<sup>55</sup> P. MAPELLI-FRANCESCO STELLA, «Concentrazioni...», cit., pp. 72/I-73/I; J. A. NARANJO SELFA, «Fusión y Derecho de la Competencia: aplicación del principio de mantenimiento de la empresa en crisis», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 174, 1999, pp. 49 y ss.

30. La protección de la competencia no es un valor absoluto. La Comisión Europea *puede tomar también en cuenta objetivos extraconcurrentiales*, como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia [art. 2.1.b) R. 139/2004]. De hecho, sólo se prohíben las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma *significativa* la competencia efectiva (art. 2.2 y 3 R. 139/2004). En este contexto, la UE favorece una política de reestructuración empresarial <sup>56</sup>, que —en muchos casos— le ha llevado a mantener una actitud favorable a la concentración, aplicando criterios flexibles y de gran realismo económico <sup>57</sup>.

En el *Derecho español*, el Consejo de Ministros podrá valorar las concentraciones económicas que le hayan sido elevadas (art. 60 LDCComp) atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia (art. 10.4 LDCComp). En particular, se entenderán como tales los siguientes:

- a) defensa y seguridad nacional,
- b) protección de la seguridad o salud públicas,
- c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
- d) protección del medio ambiente,
- e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,
- f) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

#### D) *Notificación previa, procedimiento, remedios y sanciones*

31. Las concentraciones se sujetan al deber de *notificación previa*:

(i) *Las de dimensión comunitaria*:

— Deben *notificarse* a la Comisión, antes de su ejecución, tan pronto como se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control (art. 4.1, párrafo 1.º, R. 139/2004). Esta obligación incumbe a las partes implicadas o que adquieren el control de la empresa (art. 4.2 R. 139/2004). La *notificación anticipada* de la operación es también posible, cuando las empresas demuestren su intención de concluir un

<sup>56</sup> J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «El régimen de las concentraciones de empresas en el ordenamiento de la Unión europea», en I. VEGA MOCOROA, *La integración económica europea: curso básico*, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 499.

<sup>57</sup> J. E. SORJANO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 587 y 590.

acuerdo, o cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar una oferta pública de adquisición (art. 4.1, párrafo 2.º, R. 139/2004).

— Las empresas implicadas pueden proponer *compromisos* para compatibilizar la concentración con el mercado común (art. 6.2 R. 139/2004).

— La concentración *no podrá ejecutarse* hasta haber sido declarada compatible con el mercado común (art. 7.1 R. 139/2004). No obstante, se podrán poner en marcha ofertas públicas de adquisición, o proceder a la compra de títulos en una bolsa de valores, siempre que la concentración se notifique sin demora a la Comisión y el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a dichos títulos (art. 7.2 R. 139/2004). La Comisión —a la vista de los efectos de la suspensión— también podrá dispensar de estas limitaciones a los interesados, en su caso, imponiendo las condiciones necesarias para el mantenimiento de una competencia efectiva (art. 7.3 R. 139/2004).

— La validez de las transacciones efectuadas contraviniendo estas reglas dependerá de la decisión que adopte la Comisión (art. 7.4 R. 139/2004). No obstante, se entenderán válidas las transacciones de títulos admitidos a negociación en mercados como la bolsa, salvo que los compradores y los vendedores fueran conscientes de la ilegalidad.

(ii) En el *Derecho español*, se impone el deber de notificar a la CNC la concentración, antes de su ejecución (art. 55 LDCComp). Con carácter previo a la notificación, las partes podrán consultar a la CNC sobre si la operación es una concentración, o supera los umbrales mínimos fijados por la normativa (art. 55.2 LDCComp). Se prevé un formulario abreviado de notificación para los casos menos problemáticos (art. 56 LDCComp).

32. El procedimiento de control de las concentraciones —tanto en el ámbito europeo, como en el español— se articula sobre una *doble fase*. En la primera, se declara la compatibilidad de las operaciones cuya legalidad resulta evidente (arts. 6.1 R. 139/2004 y 57.2 LDCComp), mientras que la segunda fase se abre sólo respecto de aquellas cuya compatibilidad plantea serias dudas. Las autoridades competentes pueden prohibir o autorizar la operación, en su caso, subordinada a condiciones o compromisos (art. 8.2, párrafo 2.º, R. 139/2004 y arts. 57.2, 58.4 y 59.1 LDCComp).

En el Derecho español, el Ministro de Economía y Hacienda podrá elevar la decisión al *Consejo de Ministros*, por razones de interés general, cuando en segunda fase el Consejo de la CNC haya prohibido la concentración o haya subordinado la autorización al cumplimiento de compromisos o condiciones (art. 60.1 LDCComp). El Consejo de Ministros —de manera motivada (art. 10

LDComp)— podrá confirmar la resolución dictada por el Consejo de la CNC o autorizarla, con o sin condiciones (art. 60.3 LDComp).

33. El incumplimiento de estos deberes puede ir seguido de la imposición de *multas* de hasta el 10% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el ejercicio anterior (art. 14.1 y 2 R. 139/2004 y arts. 62-63 LDComp).

### III. Acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia: en particular, derechos exclusivos

#### 1. Regulación sectorial: derechos exclusivos

34. Los derechos exclusivos son un componente mercantil más, a través del que se desarrolla la competencia en el sector audiovisual. Se trata de prácticas comerciales relevantes no sólo para las empresas, sino también para los propios acontecimientos transmitidos<sup>58</sup>. La otra cara de la moneda es que pueden recortar el derecho del público a acceder a acontecimientos relevantes para la sociedad o a la información sobre éstos<sup>59</sup>.

35. A este respecto, la *normativa —europea y española—* establece las siguientes reglas:

(i) Se parte del reconocimiento del derecho de los operadores a contratar la *emisión exclusiva* de contenidos audiovisuales, para su emisión en abierto o codificado, reservándose la decisión sobre el horario de emisión (art. 19.1 LGCA).

(ii) Ahora bien, la emisión en exclusiva no puede limitar el *derecho a la información de los ciudadanos* (art. 19.3, párrafo 1.º, LGCA, art. 15.1 y 5 DSCA). A estos efectos:

— Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva un *acontecimiento de interés general para la sociedad* deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un *breve resumen informativo*, en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias (art. 19.3, párrafo 1.º, LGCA). Este servicio se utilizará únicamente para programas de información general. Sólo podrá utilizarse en los servicios de comunicación audio-

<sup>58</sup> Especialmente significativo a este respecto es el caso de los deportes. *Vid.* Comunicación de M. Oreja a la Comisión de 3.2.1997, referida a los derechos exclusivos de televisión de acontecimientos deportivos relevantes.

<sup>59</sup> *Vid.* Comunicación de M. Oreja a la Comisión de 3.2.1997.



visual a petición, si el prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido.

No será exigible contraprestación alguna cuando el resumen se emita en un informativo, en diferido y con una duración inferior a tres minutos (art. 19.3, párrafo 2.º, LGCA) <sup>60</sup>. No obstante, en todo caso, deberán abonarse los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual pueden acceder, en la zona autorizada, a los espacios en los que se celebre tal acontecimiento (art. 19.3, párrafo 3.º, LGCA). En el supuesto de que el organizador del evento no esté establecido en España, la obligación de acceso recaerá sobre el titular de los derechos exclusivos que asuma la retransmisión en directo (art. 19.4 LGCA).

— El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, con vigencia bienal, debe fijar un *catálogo* donde se recojan los *acontecimientos de interés general para la sociedad*, que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal (art. 20.1, párrafo 1.º, LGCA). Los acontecimientos habrán de escogerse del elenco establecido por la propia norma (art. 20.1, párrafo 3.º, LGCA) <sup>61</sup>. Excepcionalmente, por mayoría de dos tercios, el Consejo podrá incluir dentro del catálogo otros acontecimientos (art. 20.1, párrafo 4.º, LGCA). El catálogo y las medidas para su ejecución han de ser notificados a la Comisión Europea (art. 20.1, párrafo 5.º, LGCA, art. 14.2 DSCA). Se indicará si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo (art. 20.1, párrafo 2.º, LGCA).

---

<sup>60</sup> Los Estados velarán por que se determinen las modalidades y condiciones relativas a la prestación de los extractos, en particular, en relación con la contraprestación y duración máxima (art. 15.6 DSCA). La contraprestación no superará los costes adicionales en los que se haya incurrido directamente por prestar el acceso.

<sup>61</sup> El artículo 20.1, párrafo 3.º, LGCA establece a estos efectos los siguientes acontecimientos: juegos olímpicos, de invierno y de verano; partidos oficiales de la selección española absoluta de fútbol y de baloncesto; semifinales y final de la Eurocopa de fútbol y del Mundial de fútbol; final de la *Champions League* de fútbol y de la Copa del Rey de fútbol; un partido por jornada de la Liga Profesional de Fútbol de la Primera División, designado por ésta con una antelación mínima de 10 días; grandes Premios de automovilismo que se celebren en España; grandes Premios de motociclismo que se celebren en España; participación de la Selección Española Absoluta en los Campeonatos de Europa y del Mundo de balonmano; Vuelta Ciclista a España; Campeonato del Mundo de ciclismo; participación española en la Copa Davis de tenis; participación de tenistas españoles en las semifinales y la final de Roland Garros; participación española en los Campeonatos del Mundo y Europa de atletismo y natación; grandes premios o competiciones nacionales e internacionales que se celebren en España y cuenten con subvención pública estatal o autonómica.

*Cuando uno de esos acontecimientos esté contratado para su emisión en exclusiva por un prestador que emita toda su programación codificada, podrá elegir entre emitir en directo y en abierto el acontecimiento o venderlo a otro prestador para su emisión en abierto, al precio fijado mediante subasta entre los prestadores interesados (art. 20.2 LGCA). En caso de que no reciba ninguna oferta, el titular de los derechos está obligado a emitir el acontecimiento en abierto, sea en directo o en diferido.*

Cuando uno de esos acontecimientos esté contratado para su emisión en exclusiva por un prestador del servicio de comunicación audiovisual que emite en abierto en un *ámbito de cobertura inferior al estatal*, conservará el derecho de emisión en exclusiva para su ámbito de cobertura (art. 20.3 LGCA). No obstante, habrá de vender a un prestador de cobertura estatal, o a una serie de prestadores que cubran todo el territorio, la emisión en abierto y directo para el resto del territorio estatal, a un precio fijado mediante subasta entre los interesados. En caso de que no existan ofertas, conservará su derecho a emitir en exclusiva en su ámbito de cobertura.

*Cuando uno de esos acontecimientos no esté contratado para su comunicación audiovisual televisiva, el titular de los derechos habrá de vender el derecho de emisión en abierto y directo, con cobertura estatal, a un precio fijado mediante subasta entre los interesados (art. 20.4 LGCA).*

— El derecho de emisión en exclusiva no debe ejercerse de tal modo que se prive a una parte sustancial del público residente en otro Estado miembro de la posibilidad de seguir *acontecimientos calificados de interés general para la sociedad* (arts. 19.2 LGCA y 14.1 DSCA).

(iii) La adquisición y explotación de los *derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares* se regirá por el principio de libertad comercial, corregida por las siguientes reglas: los derechos no podrán exceder de cuatro años (art. 21.1 LGCA); su venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia (art. 21.2 LGCA).

## **2. Prohibición de acuerdos y prácticas anticompetitivas**

36. En el sector audiovisual, los empresarios pueden sentir la tentación de coordinar sus comportamientos, con ánimo de falsear el mercado. En este caso, entran en juego las normas generales de defensa de la competencia.

### A) *Su prohibición*

37. El artículo 101.1 TFUE prohíbe los acuerdos entre empresas, decisiones de asociación y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia en el Mercado común, siempre que sean susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros.

En idéntico sentido, el *Derecho español* prohíbe «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional» (art. 1.1 LDCComp). En cambio, la prohibición no afecta a los *acuerdos y prácticas que resulten de la aplicación de una ley* (conforme con el Derecho comunitario), aunque sí a las situaciones de restricción que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas, o sean causadas por la actuación de los Poderes públicos o las empresas públicas que no cuenten con dicho amparo legal (art. 4 LDCComp).

38. La prohibición presupone, pues, dos elementos:

(i) *Existencia de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas* <sup>62</sup>. El presupuesto es la existencia de una pluralidad de operadores —públicos o privados, con relaciones horizontales o verticales—, que coordinen sus actuaciones. No existe, pues, alteridad en los acuerdos entre la matriz y una filial, que forme con ella una unidad económica.

(ii) Su *objeto o efecto* ha de ser impedir, restringir o falsear la libre competencia (arts. 101.1 TFUE y 1.1 LDCComp) <sup>63</sup>. No son éstas exigencias acumulativas, sino alternativas:

— Acuerdos cuyo *objeto* sea la restricción de la competencia (fijación de precios, reparto de mercados, etc.). Se trata de actuaciones intrínsecamente perjudiciales, que no requieren probar que producen una restricción real a la concurrencia <sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Las *prácticas concertadas* constituyen una forma de coordinación entre empresas, que —sin concluir un convenio—, de manera consciente, sustituyen los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellas (intercambio de información, coordinación tácita, recomendaciones colectivas, etc.).

<sup>63</sup> Directrices artículo 87.3 TCE (2004), marginales 19 y ss.

<sup>64</sup> STJCE de 28.4.1984, 29/83 y 30/83, *CRAM y Rheinzink*, Rec. 1984, p. 1679, marginal 26; STJCE de 8.11.1983, 96/82 y otros, *Anseau-Navewa*, Rec. 1983, p. 3369, marginales 23-25; STJCE de 20.11.2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, Rec. p. I-0000, marginal 17; STPI de 4.6.2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands y otros*, marginal 29.

— Acuerdos cuyos *efectos* sean restrictivos para la competencia<sup>65</sup>, real o potencial<sup>66</sup>. En este caso, los efectos anticompetitivos han de ser probables<sup>67</sup>. Así sucede cuando el acuerdo permite a las partes —por separado o conjuntamente— fortalecer o ejercer su poder de mercado (incremento prolongado de precios o reducción de cantidad, calidad o variedad de productos)<sup>68</sup>.

Con todo, la restricción a la competencia ha de tener un *efecto apreciable*, o lo que es lo mismo, se excluyen las actuaciones concertadas que tengan repercusiones insignificantes (*acuerdos de minimis*)<sup>69</sup>. Con excepción de determinados acuerdos —anticompetitivos *per se*—, se considerarán de menor importancia aquellos en los que, en todos los mercados relevantes afectados, las cuotas combinadas de las partes no superen el 5%, si se trata de acuerdos horizontales, y el 10%, en caso de acuerdos verticales o mixtos. El *Derecho español* tampoco prohíbe las conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (art. 5 LDComp).

#### B) *Clases de acuerdos*

39. A efectos *ejemplificativos*, la normativa considera prohibidos los siguientes tipos de acuerdos (arts. 101.1 TFUE y 1.1 LDComp):

— Los que consistan en fijar —directa o indirectamente— los precios de compra, venta u otras condiciones de transacción.

— Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.

— Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.

— Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva.

— Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que —por su naturaleza o según los usos mercantiles— no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

<sup>65</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginales 24-27.

<sup>66</sup> STJCE de 28.5.1998, C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, marginal 77. Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 18.

<sup>67</sup> STPI de 18.9.2001, T-112/99, *Métropole télévision (M6)* y otros, Rec. 2001, marginales 76-77.

<sup>68</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 24.

<sup>69</sup> Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia (DOCE núm. C 372, 1997, pp. 13 y ss.) (E. NAVARRO VARONA, «Comunicaciones recientes de la comisión europea en materia de competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 654, 1999, pp. 2364 y ss.; M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «Los acuerdos de menor importancia en la nueva comunicación de la Comisión», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, pp. 43 y ss.).

40. A efectos clasificatorios, la variedad de acuerdos posibles se reconduce a dos grandes tipos:

(i) *Horizontales*: suscritos por empresas que compiten en el mismo nivel en el mercado. A su vez, pueden agruparse en tres categorías <sup>70</sup>:

— *Cárteles*: fijación de precios y otras condiciones de transacción (colusión respecto de las ofertas contractuales, públicas <sup>71</sup> o privadas; condiciones que se ofrecen a los consumidores, etc.); aplicación de condiciones discriminatorias; reparto de mercados y otras fuentes de abastecimiento; limitación de la producción o de las fuentes de suministro; boicots colectivos; intercambio de información.

— *Acuerdos de cooperación* <sup>72</sup>: investigación y desarrollo; producción común y especialización <sup>73</sup>; compra y venta en común <sup>74</sup>; estandarización (fijación de exigencias técnicas o de calidad) <sup>75</sup>.

— *Propiedad intelectual* <sup>76</sup>: derechos de propiedad intelectual, industrial o comercial.

(ii) *Verticales*: suscritos por empresas que no están en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución. Las partes del acuerdo no son competidores, por lo que su carácter anticoncurrencial resulta menos evidente que en el caso de los acuerdos horizontales <sup>77</sup>. En general, estos acuerdos sólo tienen efectos anticompetitivos cuando son suscritos por empresas con poder de mercado, salvo que se trate de restricciones sustanciales (fijación de precios de reventa; severas restricciones territoriales o para los consumidores) <sup>78</sup>.

41. La creación de una *sociedad en participación (joint venture) de carácter no concentrativo* puede entrañar una práctica contraria al artículo 101 TFUE. En

<sup>70</sup> VAN BAEL y BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4.ª ed., Kluwer Law Int., 2005, pp. 385 y ss.

<sup>71</sup> OECD, «Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas» (febrero 2009) [<http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>].

<sup>72</sup> Directrices de la Comisión sobre la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (Directrices Acuerdos Horizontales) [DQ C 3 (2001), pp. 2 y ss.].

<sup>73</sup> Directrices Acuerdos Horizontales, marginales 78-80.

<sup>74</sup> Directrices Acuerdos Horizontales, marginales 115 y 139.

<sup>75</sup> Directrices Acuerdos Horizontales, marginal 159. J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, «Alianzas y otros acuerdos horizontales en los mercados de telecomunicaciones», en J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Regulación y Competencia en Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 397-398.

<sup>76</sup> VAN BAEL y BELLIS, *Competition...*, 4.ª ed., cit., pp. 583 y ss.

<sup>77</sup> A. JONES y B. SUFRIN, *EC Competition Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2004, p.191.

<sup>78</sup> VAN BAEL y BELLIS, *Competition...*, 4.ª ed., cit., p. 203.

su Decisión de 19.2.1991, asunto *Screensport/Miembros de la UER*<sup>79</sup>, la Comisión Europea se enfrentó con el acuerdo suscrito por algunos miembros de la UER con la empresa *Sky Television* para la gestión de un canal europeo de deportes (*Eurosport*)<sup>80</sup>. Frente a esta operación se alzó su competidor directo, *Screensport*, canal deportivo por satélite de cobertura europea. Al examinar el asunto, la Comisión entendió que el acuerdo podía impedir, restringir o falsear la competencia:

(i) Eliminaba la competencia entre los dos socios de la empresa en participación, ambos canales internacionales de televisión por satélite dedicados al deporte.

(ii) Era restrictivo para la competencia respecto de terceras empresas, en particular, los canales internacionales dedicados al deporte (*Screensport*): situaba a *Eurosport* en una posición de ventaja, al beneficiarse de la capacidad negociadora de la UER para la adquisición de derechos sobre acontecimientos deportivos, así como del acceso ilimitado a todos los programas producidos o adquiridos por sus miembros, incluido el sistema *Eurovisión*.

(iii) No cabía invocar la excepción del artículo 106.2 TFUE, ya que la aplicación de las normas de defensa de la competencia no impedía que la empresa pudiera desarrollar su tarea de servicio público (art. 106.2 TFUE).

(iv) Finalmente, la Comisión entendió que los inconvenientes derivados de estos acuerdos superaban los eventuales beneficios que de ellos pudieran resultar para el mercado, por lo que denegó la exención solicitada (art. 101.3 TFUE).

A la vista de esta resolución, la participación de *Sky* fue sustituida por *TF1*, miembro de la UER (*Eurosport Mark II*). Al proyecto se unieron después nuevos asociados, que conformaron una nueva estructura del canal (*Eurosport Mark III*)<sup>81</sup>. La Comisión adoptó entonces una postura favorable, valorando el

<sup>79</sup> DO L 63, de 9.3.1991, pp. 32 y ss.

<sup>80</sup> La UER —en su mayor parte formada por televisiones públicas—, cuenta con un sistema institucionalizado de adquisición conjunta e intercambio de programas, a través de la red europea *Eurovisión*. La mayoría de los miembros de la UER retransmite un porcentaje muy pequeño de los acontecimientos disponibles en el sistema. Con la finalidad de conseguir una cobertura más amplia de dichos acontecimientos, algunos miembros de la asociación decidieron la creación de un canal de televisión dedicado al deporte, que gestionarían en colaboración con una empresa con experiencia comercial por satélite (*News International*, matriz de *Sky Television*). De esta forma, fue creado *Eurosport*, que comenzó sus emisiones en 1989. M. WAELBROECK, «Community...», cit., pp. 230-231.

<sup>81</sup> *TESN*, cadena paneuropea dedicada a la transmisión de programas deportivos y difundida por satélite y cable en varias lenguas; *Canal Plus*; *ESPN*, cadena norteamericana de televi-

carácter de interés público de la cadena, así como el hecho de que todos sus integrantes fueran miembros activos de la UER<sup>82</sup>. Como se ve, la Comisión, ante todo, estuvo preocupada por mantener la igualdad de condiciones entre las dos empresas privadas competidoras (*Sky* y *Screensport*). De ahí que —un tanto sorprendentemente— no presentase objeciones ante la sustitución de *Sky* por *TF1*, simplemente razonando que esta última era miembro de la UER<sup>83</sup>. Finalmente, el asunto se resolvió incorporando a *Screensport* al acuerdo. La total eliminación de la competencia fue así extrañamente bendecida por la Comisión (Waelbroeck).

### C) Exenciones

42. La prohibición puede excepcionarse cuando los acuerdos lleven consigo *efectos positivos* que superen el daño derivado de las restricciones anti-competitivas (arts. 101.3 TFUE<sup>84</sup> y 1.3 LDComp). En concreto, no resultan prohibidos los acuerdos y prácticas —o categorías de unos y otras— que acumulativamente<sup>85</sup> reúnan los cuatro siguientes requisitos (arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDComp):

(i) Han de contribuir —de manera objetiva<sup>86</sup> y efectiva<sup>87</sup>— a mejorar la producción, distribución de los productos (o servicios)<sup>88</sup> o a fomentar el progreso técnico o económico. Las eficiencias pueden ser tanto de costes (sinergias, economías de escala y alcance, etc.), como cualitativas (avances técnicos y tecnológicos)<sup>89</sup>.

---

sión por cable dedicada a la retransmisión de acontecimientos deportivos, y *La Générale d'Images*, compañía francesa dedicada a la producción y comercialización de obras audiovisuales.

<sup>82</sup> DO C 76, de 18.3.1993, p. 8.

<sup>83</sup> En este sentido, M. Waelbroeck, «Community...», cit., p. 231.

<sup>84</sup> Comunicación de la Comisión que contiene las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. DO C 101, de 27.4.2004, pp. 97 y ss.

<sup>85</sup> STJCE de 17.1.1984, 43/82 y 63/82, *VBVB y VBBB v. Comisión*, Rec. p. 19, marginal 61; ATJCE de 25.3.1996, C-137/95 P, *SPO y otros v. Comisión*, Rec. p. I-1611, marginal 34; STPI de 15.7.1994, T-17/93, *Matra Hachette v. Comisión*, Rec. p. II-595, marginal 104; STPI de 21.2.1995, T-29/92, *SPO y otros v. Comisión*, Rec. p. II-289, marginales 267 y 286; STPI de 11.7.1996, T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, Rec. 1996, p. II-649, marginal 93.

<sup>86</sup> STJCE de 13.7.1966, 56/64 y 58/66, *Conste y Grundig*, Rec. 1966. Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 49.

<sup>87</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginales 51 y ss.

<sup>88</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 48.

<sup>89</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginales 59 y ss.

(ii) Han de trasladar a los consumidores (mayoristas, minoristas y usuarios finales)<sup>90</sup> una participación equitativa en el beneficio resultante (precios más bajos, productos nuevos o mejorados).

(iii) No han de establecer restricciones que no sean indispensables para la obtención de las eficiencias<sup>91</sup>.

(iv) No han de ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate<sup>92</sup>.

Estas condiciones son suficientes: cuando se cumplen, la excepción resulta aplicable, sin que pueda supeditarse a otro requisito<sup>93</sup>. Estas prácticas resultan permitidas «sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto» (art. 1.3 TFUE).

43. La exención es aplicable tanto a acuerdos individuales como a categorías de acuerdos (mediante *reglamentos de exención por categorías*) (arts. 101.3 TFUE y 1.3 a 5 LDComp)<sup>94</sup>. Se presume que los acuerdos incluidos en un reglamento de exención por categorías cumplen las condiciones previstas en el artículo 101.3 TFUE. (i) No obstante, si la Comisión constata que un acuerdo —pese a incluirse en un reglamento de exención por categorías—, en el caso concreto, produce efectos incompatibles con el artículo 101.3 TFUE, podrá retirarle dicho beneficio (art. 29.1 R. 1/2003)<sup>95</sup>. (ii) Por su parte, las autoridades nacionales de la competencia también pueden retirar la cobertura de un reglamento de exención por categorías en su respectivo territorio —o en parte de éste—, cuando presente todas las características de un mercado geográfico distinto. En este caso, corresponde a las autoridades demostrar la ilegalidad del acuerdo (art. 101.1 TFUE), así como la falta de cumplimiento de las condiciones de exención (art. 101.3 TFUE). En cambio, los tribunales nacionales no pueden: retirar el beneficio de los reglamentos de exención por categorías<sup>96</sup>; modificar su ámbito de aplicación, o hacerlos extensivos a acuerdos no contemplados en aquéllos<sup>97</sup>.

En el Derecho español se prevé que —cuando así lo requiera el interés público—, la CNC podrá *declarar* que la prohibición no se aplica a un acuerdo o

<sup>90</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 84.

<sup>91</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginales 73 y ss.

<sup>92</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginales 105 y ss.

<sup>93</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 42.

<sup>94</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 35.

<sup>95</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 36.

<sup>96</sup> Directrices artículo 81.3 TCE (2004), marginal 37.

<sup>97</sup> STJCE de 28.2.2001, C-234/89, *Delimitis*, Rec. 1991, p. I-935, marginal 46.



práctica, bien porque, en sí misma, no resulte cubierta por aquélla, o bien porque reúne las condiciones para la aplicación de la excepción (art. 6 LDComp).

44. En el sector *audiovisual*, el reconocimiento de la exención ha sido relativamente frecuente —en su caso, tras la imposición de las oportunas condiciones— respecto de las siguientes categorías de acuerdos <sup>98</sup>:

(i) Creación de *empresas en participación de carácter no concentrativo*. En el asunto *British Interactive Broadcasting* (después *Open*), la Comisión concedió una exención individual de siete años para la creación de una empresa en participación, integrada por *BSkyB*, *BT*, *Midland Bank* y *Matsushita Electric Europe*, cuyo objeto es la prestación en el Reino Unido de servicios interactivos de televisión digital, que incluyen telebanco, teletienda, viajes y vacaciones, correo electrónico, etc. La creación de la sociedad eliminaba la competencia entre *BSkyB* y *BT* en el mercado de servicios de televisión digital interactiva. Además, su actuación podía comportar una significativa restricción de la competencia en mercados conexos.

Así las cosas, la Comisión exigió a las partes, en primer lugar, la modificación de algunos puntos del acuerdo, por entenderlos contrarios a las normas de la competencia. En segundo lugar, la Comisión puso una serie de condiciones a la operación, con el objeto de mantener el mercado abierto: competencia entre redes de televisión por cable; suficiente accesibilidad para terceros de los terminales digitales (*set top boxes*) subvencionados por *Open*, así como de las películas y canales deportivos de *BSkyB*; garantía de que los terminales digitales de otras empresas pudieran también desarrollarse en el mercado; no imposición a los usuarios de la obligación de suscribirse a los servicios de televisión digital de pago de *BSkyB* como condición para adquirir los terminales digitales subvencionados por *Open*. Adicionalmente, *BT* se comprometió a retirarse del mercado de televisión por cable. En estas condiciones, la Comisión apreció los efectos positivos que llevaba consigo esta iniciativa. Las partes prestaban un servicio que hasta ese momento no ofrecía el mercado, que comportaba mejoras tecnológicas, tanto en la televisión por satélite, como en la infraestructura de acceso a servicios interactivos de telecomunicaciones por parte de la gran mayoría de consumidores. Además —aunque hubieran podido desarrollar la actividad por separado—, la cooperación les permitía en menos tiempo prestar un mejor servicio.

(ii) Los acuerdos de *venta y compra en común* se consideran una modalidad de cárteles de carácter horizontal (*joint selling agencies*) <sup>99</sup>. No obstante, en algu-

<sup>98</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Televisión y Competencia*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 299 y ss.

<sup>99</sup> R. WHISH, *Competition...*, 5.<sup>a</sup> ed., cit., p. 471-472.

nos casos, las autoridades de defensa de la competencia han concedido exenciones a estos acuerdos, a la vista de las eficiencias asociadas a la comercialización conjunta de derechos, que se entendía que compensaban sus efectos anticompetitivos.

La STPI de 11.7.1996 (*UER*)<sup>100</sup> resolvió el recurso presentado por distintas televisiones privadas europeas<sup>101</sup> frente a la Decisión de la Comisión de 11.6.1993, por la que se concedía a la *UER* una exención en relación con la *adquisición de derechos televisivos sobre acontecimientos deportivos y el intercambio de programas deportivos* en el marco de *Eurovisión*. Los miembros de la *UER* —en general, integrada por televisiones públicas— negocian conjuntamente, adquieren y se reparten derechos sobre acontecimientos deportivos y culturales. La Comisión había aceptado que —como consecuencia de las normas de adhesión a dicha organización—, «la competencia resulta en cierto modo falseada frente a las cadenas puramente comerciales, que no son admitidas como miembros», lo que las excluye de las ventajas del sistema *Eurovisión*. No obstante, entendió que se trataba de restricciones indispensables. Frente a ello, el TPI reprochó a la Comisión no haber realizado las comprobaciones previas, que hubieran sido necesarias para el otorgamiento de la exención<sup>102</sup>. El Tribunal entendió que —al no estar suficientemente definidos los Estatutos de la *UER*—, no garantizaban su aplicación uniforme y no discriminatoria. De ahí que, a su juicio, no era posible apreciar si las restricciones objeto de la exención eran indispensables [art. 101.3.a) TFUE], lo que debió haber conducido a su denegación. Por otra parte, la Comisión había admitido que los miembros de la *UER* tenían encomendadas tareas de interés público, lo que podía justificar un régimen especial en relación con las normas de la competencia (art. 106.2. TFUE)<sup>103</sup>. Frente a ello, el TPI destacó que ambos son preceptos

---

<sup>100</sup> STPI de 11.7.1996, T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, *Métropole Télévision v. Comisión*, Rec. 1996, p. II-649. M. WAELBROECK, «Community competition policy in the audiovisual sector», en S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho europeo del audiovisual*, tomo 1, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 231-232; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., pp. 196-198. Crítico, J. BUHIGAS ARIZCUN, «La financiación de las televisiones públicas en España», en S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Europeo del Audiovisual*, tomo 1, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 284-286.

<sup>101</sup> *Metropole télévision, Reti Televisive Italiane SpA, Gestevisión Telecinco SA y Antena 3*.

<sup>102</sup> STJCE de 21.11.1991, C-269/90, *Technische Universität München*, Rec. p. I-5469, marginales 14 y 26; STPI de 24.1.1992, T-44/90, *La Cinq/Comisión*, Rec. p. II-1, marginal 86; STPI de 11.7.1996, T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, *Métropole Télévision v. Comisión*, Rec. 1996, p. II-649, apdo. 93.

<sup>103</sup> La función especial de interés público vendría caracterizada por la «obligación de ofrecer una programación variada que comprenda programas culturales, educativos, científicos y destinados a minorías, y (...) la de alcanzar a toda la población nacional, independientemente del coste» (punto 5 de la Decisión de la Comisión).

autónomos, por lo que no puede otorgarse la exención del artículo 101.3.a) TFUE tomando en cuenta elementos que pertenecen al artículo 106.2 TFUE <sup>104</sup>. Este error de Derecho pudo falsear la apreciación que realizó sobre el carácter indispensable de las restricciones de la competencia a las que concedió la exención. La Comisión —dice el Tribunal— podía haber razonado que dicho régimen era necesario por razones de interés general, pero debería haberlo demostrado suficientemente. Por todo ello, el TPI anuló la Decisión de la Comisión.

(iii) Los *derechos exclusivos de explotación* han dado lugar a frecuentes conflictos:

— En su Decisión 89/536/CEE, de 15.9.1989 <sup>105</sup>, la Comisión concedió una exención al acuerdo celebrado entre la *ARD* alemana y la productora y distribuidora estadounidense *Metro-Goldwyn Mayer/United Artists Entertainment Co. (MGM/UA)*, por el que la primera adquiría los *derechos de explotación* de una parte importante de los fondos de esta última.

La Comisión entendió que los derechos de explotación habían sido concedidos en condiciones restrictivas para la competencia (*Coditel II*). (a) El acuerdo comprendía un número de películas de especial interés comercial que superaba, no sólo el margen habitual requerido por las necesidades de planificación de la programación, sino también la propia práctica de adquisición de derechos de la *ARD*. (b) El tiempo de duración del contrato (quince años), superior al habitual en la industria, no resultaba indispensable para cubrir las necesidades de suministro y planificación de programas. (c) Se preveía un escalonamiento temporal de los cupos de películas, mientras que el vínculo de exclusividad surtía efectos desde el primer momento, congelando los derechos durante todo el período. (d) Se concedía a *ARD* un período de más de tres años para seleccionar las películas, durante el cual *MGM/UA* no podía ceder a terceros ningún tipo de derechos de explotación. (e) Se reconocía a *ARD* un derecho de adquisición preferente, que limitaba la libertad negocial de *MGM/UA* y perjudicaba la posición de otros competidores.

A resultas de las objeciones presentadas por la Comisión, *ARD* aceptó abrir sus derechos a terceros. En las nuevas condiciones, las instituciones comunitarias entendieron que se reunían las exigencias del artículo 101.3

---

<sup>104</sup> El TJCE ha concretado dicha función en el «beneficio de todos los usuarios, en la totalidad del territorio del Estado miembro interesado (...) sin considerar las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual». STJCE de 19.5.1993, C-320/91, *Corbeau*, Rec. p. I-2533, marginal 15.

<sup>105</sup> DO L 284, de 3.10.1989.

TFUE, por lo que concedieron una exención de diez años de duración. (a) Para empezar, se interpretó que el contrato contribuía a mejorar la distribución de los productos, ya que ampliaba la oferta de películas en el mercado alemán. El acuerdo daba ocasión a *ARD* para examinar sistemáticamente los fondos filmográficos de *MGM/UA*, con la consecuencia de rescatar para el público alemán múltiples películas, que de esta forma podían ser ofrecidas por primera vez en este mercado. (b) Además, el doblaje mejoraba la comercialización de las películas. Éstas se facilitaban ya dobladas a otras cadenas de televisión o —en caso de no existir copias— con el compromiso de *ARD* de correr con la mitad de los gastos de doblaje. Sin estas ventajas, algunas cadenas privadas no podrían emitir estas películas. Con ello, los telespectadores también resultaban beneficiados, puesto que estos contratos permitían no sólo a la *ARD*, sino también a otras cadenas, ampliar la gama de elección de televisión en lengua alemana. (c) Por otra parte —después de la «apertura» del contrato—, ya no se producían restricciones a la competencia que no fueran indispensables. Las condiciones de exclusividad de que disfrutaba *ARD* eran necesarias para rentabilizar sus inversiones. La prohibición del otorgamiento de licencias a televisiones de pago resultaba proporcionada para el mantenimiento del valor de las películas. Además, se habían suprimido otras limitaciones, antes recogidas en los contratos, que no eran indispensables.

— La Comisión también consideró que determinados *derechos exclusivos* que incluía el acuerdo de constitución de la nueva plataforma digital francesa *Télévision Par Satellite (TPS)* podían beneficiarse de una exención<sup>106</sup>. Dichas cláusulas incluían derechos preferentes para la emisión de programas y servicios televisivos de sus empresas matrices, así como el derecho exclusivo a emitir por vía digital los canales generales de sus empresas matrices (*TF1, France 2, France 3, M6*). La Comisión valoró positivamente la constitución de una nueva plataforma, por sus efectos beneficiosos para los consumidores y el desarrollo tecnológico. Además, entendió que estos acuerdos podían considerarse necesarios para la penetración de la nueva plataforma en el mercado de la televisión de pago. Sin embargo, redujo el plazo de los derechos de diez a tres años.

(iv) La *gestión y comercialización conjunta de derechos televisivos* puede también ser ocasión de prácticas restrictivas de la competencia. A este respecto, la Comisión busca el equilibrio entre las posibles eficiencias asociadas a dicha práctica y sus efectos anticompetitivos. A estos efectos, la Comisión suele imponer una serie de condiciones para la admisión de estos acuerdos: limitación de la duración de los contratos (normalmente, tres años); agrupación de los dere-

<sup>106</sup> IP/99/161, 8.3.1999.

chos en paquetes equilibrados, en su caso, limitando el número de los que pueden ser adquiridos por un mismo operador; introducción de un gestor independiente en el proceso de reventa de los derechos <sup>107</sup>; obligación de uso efectivo de los derechos adquiridos; limitación de la exclusividad (por ejemplo, imponiendo que un cierto número de derechos deban ser emitidos por varios operadores, especialmente en la modalidad de pago por visión). La cuestión se ha planteado en numerosas ocasiones en el ámbito europeo:

— En el asunto *UEFA Champions League*, la Comisión se enfrentó con la comercialización en común por parte de esta organización de los derechos sobre los partidos de fútbol. El sistema de venta en común de los derechos de emisión de los partidos de fútbol *restringe* la competencia (art. 101.1 TFUE), con efectos negativos en precios, innovación y concentración de los medios, en perjuicio de los consumidores. Además, los derechos son vendidos en condiciones de exclusividad, generalmente, a los operadores establecidos, que cuentan con escasos incentivos para innovar. No obstante, al mismo tiempo, la Comisión identificó una serie de *eficiencias* en este sistema de venta en común (art. 101.3 TFUE): reducción de costes de transacción para operadores y clubes (*one-stop-shop*); comercialización uniforme del producto (*branding*). A resultas de todo ello, la *UEFA* adaptó su mecanismo de comercialización, eliminando sus efectos restrictivos: introducción de procedimientos transparentes; venta de paquetes más pequeños; venta posterior por los clubes, etc. Al final, la Comisión adoptó una Decisión el 23.7.2003, concediendo una exención <sup>108</sup>.

— En el asunto *Bundesliga*, se planteó la venta en común por parte de la asociación de la Liga (*Ligaverband*) de los derechos de explotación televisiva de los partidos de la primera y segunda división de fútbol alemana. La Liga intentó la obtención de una declaración de exención individual, de acuerdo con el R. 17/62 (art. 101.3 TFUE). Con la entrada en vigor del R. 1/2003, a comienzos de 2004, la Comisión consideró que el sistema de venta en común restringía la competencia entre los clubes, con un efecto negativo sobre los mercados situados aguas debajo de televisión y nuevos medios. Frente a ello, la Liga ofreció una serie de compromisos, que introducían cambios sustanciales en la forma de venta de los derechos: agrupación de los derechos en varios paquetes, a través de un procedimiento transparente y no discriminatorio; duración del acuerdo no superior a tres temporadas; reconocimiento del derecho de los clubes de vender derechos de emisión en diferido sobre sus partidos de casa (a operadores en abierto y por Internet); reconocimiento del derecho de explotación por parte de los clubes de los derechos no utilizados, etc.

<sup>107</sup> Asunto COMP/38.453, *FAPL Sky*.

<sup>108</sup> DO L 291, de 8.11.2003, pp. 25 y ss.

El 19.1.2005, la Comisión adoptó una decisión conforme al artículo 9 R. 1/2003, convirtiendo dichos compromisos en obligatorios hasta el 30.6.2009. No obstante, la Comisión se reservó la facultad de intervenir, especialmente, en el caso de que más de un paquete fuera adquirido por un único operador.

— En el asunto *English Premier League* <sup>109</sup>, en diciembre de 2002, la Comisión envió una carta de objeciones <sup>110</sup> por posibles prácticas anticompetitivas en la venta conjunta por la *English Football Association Premier League (FAPL)* de los derechos de los clubes de retransmisión de los encuentros de fútbol, cuyos titulares son los respectivos clubes. En la carta de objeciones, la Comisión reconoce los beneficios derivados de la venta en común de los derechos, pero también destaca sus riesgos: reducción de la competencia entre los medios y de la capacidad de elección de los usuarios; mayores precios; reducción de la innovación. En diciembre de 2003, la *FAPL* remitió una relación provisional de compromisos, que fueron sometidos a consulta pública. En 2005, la *FAPL* remitió a la Comisión nuevos compromisos sobre la forma de llevar a cabo la venta conjunta de los derechos a partir de la temporada 2007. A comienzos de 2006, la Comisión adoptó una Decisión, que —de acuerdo con el art. 9 R. 1/2003— hace vinculantes los compromisos ofrecidos por la empresa hasta junio de 2013 <sup>111</sup>. Entre ellos, se encuentran los siguientes: garantía de puesta en el mercado de más derechos de emisión (televisión, telefonía móvil e Internet), que serán vendidos a través de un procedimiento competitivo (*competitive bidding process*) sujeto al control de un organismo independiente; garantía de que los derechos de televisión en directo serán vendidos en seis paquetes equilibrados, sin que ningún comprador pueda adquirir más de cinco paquetes; potenciación de las posibilidades de los clubes individuales de explotar los derechos de emisión que no son vendidos por la *FAPL* o que no son utilizados por el comprador. La inobservancia de estos requisitos podría ser sancionada por la Comisión con una multa de hasta el 10% del volumen de negocio de la *FAPL*.

— En el asunto *Eurovisión*, la Comisión continuó sus investigaciones en relación con las prácticas de las televisiones públicas agrupadas en la *UER* consistentes en el sistema de adquisición y utilización en común de derechos exclusivos de emisión de retransmisiones deportivas, incluidos los derechos de los Juegos Olímpicos 2010/2012. La *UER* sostuvo la compatibilidad del sistema con las normas de la competencia.

---

<sup>109</sup> COMP/38.173 y 38.453 (DO C 115, de 30.4.2004).

<sup>110</sup> IP/02/1951.

<sup>111</sup> IP/06/356, de 22.3.2006.

— El 26.10.2004, la Comisión cerró su investigación en relación con la cláusula de «nación más favorecida» (*most favoured nation*) incluida en los contratos suscritos entre los estudios de *Hollywood* y las empresas de televisión de pago. En su virtud, los estudios tenían derecho a acogerse a las condiciones más favorables que pudieran contenerse en cualquiera de los contratos suscritos con los restantes estudios. De acuerdo con la valoración inicial de la Comisión, estas cláusulas tenían el efecto de alinear los precios pagados a los estudios, ya que cualquier incremento acordado con uno de ellos se extendía a los demás. Los estudios aceptaron la eliminación de dichas cláusulas.

— En su Resolución de 10.6.1993, el TDC se enfrentó con las cláusulas de exclusividad en relación con los derechos de retransmisión de partidos de fútbol <sup>112</sup>. De entrada, el Tribunal reconoce los efectos positivos que estos derechos pueden tener, tanto para el consumidor como para la industria de la televisión y el propio desarrollo de la competencia. No obstante, para ello deben respetarse una serie de condiciones: que todos los operadores, actuales o potenciales, tengan la posibilidad de pujar por su adquisición; que no restrinjan las oportunidades de competencia, debiendo distribuirse los derechos disponibles en diferentes bloques (partidos de liga, de copa, de la selección nacional, resúmenes de la jornada, etc.); que la duración de las exclusivas sea razonable y adecuada a las necesidades de programación, así como de amortización de las inversiones; que los demás operadores puedan emitir un breve reportaje sobre los eventos, etc. <sup>113</sup>. Además, el TDC adoptó medidas cautelares, obligando a las partes a contratar la cesión del derecho que habían firmado en exclusiva y reservándose la facultad de fijar las condiciones del contrato <sup>114</sup>. En resumen, el TDC no niega la posibilidad de reconocer derechos exclusivos de emisión,

---

<sup>112</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público...*, cit., pp. 253 y ss.; J. M. BAÑO LEÓN, «La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia», en S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Europeo del Audiovisual*, tomo 1, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 750-751.

<sup>113</sup> La aplicación de estos criterios reveló que los contratos en cuestión: resultaban restrictivos para la competencia (contratación de los derechos en bloque); eran desproporcionados en su duración (ocho temporadas más derecho de tanteo y retracto); y eliminaban la concurrencia respecto de una parte sustancial de la actividad, cerrando el acceso a nuevos operadores, existentes o potenciales. El Tribunal dejó sin efecto los contratos denunciados y sancionó a la Liga de Fútbol Profesional por una infracción grave, consistente en el abuso de posición dominante en la gestión de los derechos de emisión de fútbol, que impedía a Antena 3 y Tele 5 el acceso a las imágenes de los partidos. Asimismo, se impuso a las televisiones autonómicas la obligación de permitir a todas las cadenas el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas, a cambio de remuneración.

<sup>114</sup> Crítico con estas medidas, J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 175 y ss.

sino que simplemente se opone a que —por su duración, su alcance o sus efectos— se haga un uso abusivo de ellos.

— La actuación de la *Premier League (PL)* ha dado también lugar a la aplicación de la normativa de la competencia por parte de las autoridades nacionales británicas. En abril de 1996, la Dirección General de Comercio abrió diligencias ante el *Tribunal de Prácticas Restrictivas* por la actuación de la *PL*, cuyas normas impedían que los clubes pudieran vender sin su consentimiento sus derechos de televisión. Con ello, la *PL* podía negociar colectivamente la venta de todos los derechos de televisión de los clubes. La Administración consideró que se trataba de un comportamiento contrario a la competencia, en perjuicio de los consumidores: las empresas adquirentes de los derechos podrían aplicar elevados precios a la prestación del servicio, consecuencia de su situación monopolística <sup>115</sup>.

#### D) *Invalidez, remedios y sanciones*

45. Los acuerdos o decisiones prohibidos se sancionan con la *nulidad de pleno derecho* (art. 101.2 TFUE). No obstante, puede mantenerse la validez de aquellas partes que sean independientes del acuerdo en su conjunto <sup>116</sup>.

46. Las autoridades de la competencia podrán ordenar a las empresas involucradas que *pongan fin a la infracción* (arts. 7.1 R. 1/2003 y 53.2 LDComp). A tal efecto, podrán imponerles cualquier remedio —estructural o de comportamiento— que sea proporcionado y necesario para producir el cese efectivo de dicha infracción.

Atendiendo a su contenido, las órdenes pueden *clasificarse* en tres tipos:

(i) Mandatos de cese de la infracción.

(ii) Mandatos de comportamiento (*behaviourial remedy*): por ejemplo, imposición del deber de suministro de bienes o servicios o de modificación de precios anticompetitivos.

---

<sup>115</sup> XXVI Informe sobre la política de competencia (1996), p. 364. Con fecha de 25.8.1998, la Comisión recibió una notificación de la Federación alemana de Fútbol (*DFB*), por la que solicita de las instancias comunitarias una declaración negativa o una exención en relación con la venta colectiva de los derechos de radio y televisión sobre los partidos de la *Bundesliga* y de la Copa alemana, que se transmiten por un plazo de dos años, con posibilidad de prórroga (art. 4 del Reglamento 17/1962, de 21 de diciembre). En el razonamiento de la *DFB*, la venta colectiva de dichos derechos resulta imprescindible para alcanzar los siguientes objetivos: racionalización de la distribución de los derechos de radiotelevisión; canalización de la solidaridad de los clubes más fuertes financieramente en favor de los más débiles, mediante un sistema igualitario de distribución de los ingresos; y apoyo al fútbol de base y amateur.

<sup>116</sup> STJCE de 30.6.1966, 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 1966.



(iii) Mandatos estructurales (*structural remedies*): por ejemplo, órdenes de desinversión o de división de la empresa. Las medidas estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente, o cuando éstos resulten más gravosos para la empresa que el remedio estructural [art. 53.2.b), párrafo 2.º, LDCComp].

47. Adicionalmente, la Comisión puede imponer *sanciones* a las empresas o asociaciones de empresas que —dolosa o culposamente— infrinjan los arts. 101 y 102 TFUE [art. 23.2.a) R. 1/2003], que —en general— adoptan la forma de multa pecuniaria. Idéntica facultad de imponer multas se reconoce a la CNC [art. 53.2.d) LDCComp].

Como singularidad, cabe destacar que la normativa permite la imposición de sanciones de hasta el 10% del volumen total de ventas del infractor correspondientes al ejercicio anterior (art. 23.2 R. 1/2003). Por su parte, el artículo 63.1 LDCComp prevé sanciones por referencia al volumen de negocios de la empresa infractora: infracciones leves, multa de hasta el 1% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior; infracciones graves, multa de hasta el 5%, e infracciones muy graves, multa de hasta el 10%. El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el de sus miembros (art. 63.1, *in fine*, LDCComp).

#### IV. Abuso de posición dominante

48. La normativa prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado (arts. 102 TFUE y 2.1 LDCComp). A estos efectos, es preciso:

1. Definir el mercado relevante.
2. Determinar si la empresa dispone de posición de dominio en el mercado.
3. Analizar si su actuación puede considerarse abusiva.

##### 1. Definición del mercado relevante

49. La valoración de si existe o no competencia efectiva requiere la previa definición del mercado relevante<sup>117</sup>. La cuestión tiene una extraordinaria importancia, ya que —en gran medida— de ella depende la identificación o no de una posición de dominio. A estos efectos, hay que analizar tres elementos:

---

<sup>117</sup> Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372, de 9.12.1997):

(i) El *mercado del producto* (o mercado objetivo) abarca todos los bienes o servicios que —en caso de pequeños pero significativos incrementos permanentes de los precios (SSNIP)— resultan suficientemente *intercambiables o sustituibles entre sí* <sup>118</sup>, no sólo por sus características objetivas (idoneidad para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, precio o uso previsto), sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y demanda <sup>119</sup>.

A estos efectos, es preciso valorar la sustituibilidad: de la *demanda* (disponibilidad del consumidor a cambiar a productos sustitutos, ante un SSNIP) <sup>120</sup>; de la *oferta* [capacidad de los proveedores —ante pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos— para pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos (*Continental Can, Tetra Pak 1*)] <sup>121</sup>; y, en caso necesario, la *competencia potencial* <sup>122</sup>.

(ii) El *mercado geográfico* <sup>123</sup> comprende el ámbito en el que las empresas suministran los productos y prestan los servicios de referencia bajo condiciones de competencia suficientemente homogéneas <sup>124</sup>.

La determinación del mercado geográfico se realizará también con ayuda del criterio de la *sustituibilidad* <sup>125</sup>. En este caso, el criterio es si SSNIP determinarían que los consumidores se pasaran a productos sustitutos o a empresas implantadas en otras áreas.

(iii) La dimensión *temporal* debe ser también considerada en la definición del mercado, ya que las condiciones competitivas pueden variar en las distin-

<sup>118</sup> Comunicación Mercado Relevante, marginal 7 (DO C 372, de 9.12.1997).

<sup>119</sup> En este sentido, hay una consolidada jurisprudencia comunitaria: STJCE de 21.2.1973, 6/72, *Europemballage and Continental Can v. Comisión* (Rec. 1973, p. 215), marginal 32; STJCE de 13.2.1979, 85/76, *Hoffmann La Roche v. Comisión* (Rec. 1979, p. 461), marginal 23; STJCE de 11.12.1980, 31/80, *L'Oréal* (Rec. 1980, p. 3775), marginal 25; STJCE de 14.11.1996, C-333/94 P, *Tetra Pak v. Comisión* (Recopilación 1996, p. I-5951), marginal 13; STJCE de 25.10.2001, C-475/99: *Ambulanz Glöckner y Landkreis Südwestpfalz* (Rec. 2001, p. I-0000), marginal 33. *Vid.* Directrices, núm. 44, nota 32.

<sup>120</sup> Comunicación Mercado Relevante 1997, marginal 13.

<sup>121</sup> Comunicación Mercado Relevante 1997, marginal 20.

<sup>122</sup> Comunicación Mercado Relevante 1997, marginal 24.

<sup>123</sup> Existe una jurisprudencia constante sobre el particular: STJCE de 14.2.1978, *United Brands v. Comisión* (Rec. 1978, p. 207), marginal 44; STJCE de 9.11.1983, 322/81, *Michelin v. Comisión* (Rec. 1983, p. 3461), marginal 26; STPI de 22.11.2001, T-504/93, *Tiercé Ladbroke v. Comisión* (Rec. 1997, p. II-923), marginal 102; STPI de 22.11.2001, T-139/98, *AAMS v. Comisión* (Rec. 2001, p. 0000-II), marginal 39. *Vid.* Directrices, núm. 56, notas 40 y 41.

<sup>124</sup> Comunicación Mercado Relevante 1997, marginal 8.

<sup>125</sup> Comunicación Mercado Relevante 1997, marginales 17 y 21.

tas: estaciones del año, franjas horarias (*peak and off peak services*), generaciones de productos.

## 2. Posición dominante en el mercado

50. El presupuesto para la realización de la conducta prohibida es que la empresa disponga de *posición dominante*, en todo o en parte del mercado común (art. 102 TFUE) o del mercado nacional (art. 2.1 LDCComp).

51. Una o más empresas detentan una posición dominante cuando *no están sometidas a una competencia sustancial o efectiva* en el mercado. En concreto, la posición dominante se define como una posición de fuerza económica que permite a la empresa orientar de manera apreciable su comportamiento con independencia de los competidores, de los clientes y —en último término— de los consumidores (*Continental Can, United Brands*)<sup>126</sup>. A estos efectos, es preciso tomar en cuenta:

(i) La *cuota de mercado* es un criterio relevante, pero no el único, ni opera de manera automática<sup>127</sup>. Así, hay factores que pueden potenciar la posición de dominio de la empresa, como su integración en un sólido grupo, que puede aportarle soporte técnico, comercial y financiero. En cambio, la existencia de un poder de compra del lado de la demanda puede actuar como contrapeso al poder de mercado del oferente. Con todo —salvo en circunstancias excepcionales—, cuotas de mercado superiores al 50% evidencian la existencia de una posición dominante<sup>128</sup>.

(ii) La existencia de *barreras de entrada* refuerza la posición de dominio. A este respecto, hay que tomar en cuenta dos tipos de obstáculos: legales (incluidos derechos especiales o exclusivos) y estructurales (costes hundidos, economías de escala y alcance, efecto red, costes de cambio, riesgo de innovación tecnológica, diferenciación de servicios).

52. En la delimitación de la posición dominante, hay *supuestos especiales*, como son: los mercados emergentes; la extensión de la posición dominante a mercados relacionados<sup>129</sup>, o la posición dominante colectiva, detentada conjuntamente por dos o más empresas<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> STJCE de 14.2.1978, 27/76, *United Brands v. Comisión*, Rec. 1978, p. 207.

<sup>127</sup> R. J. VAN DEN BERGH, y P. D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics. A comparative perspective*, Intersentia, 2001, p. 76.

<sup>128</sup> STJCE de 3.7.1991, C-62/86, *AKZO v. Comisión*, marginal 60.

<sup>129</sup> Esta situación fue ya contemplada por el TJCE en el asunto C-333/94 P, *Tetra Pak v. Comisión* (Rec. 1996, p. I-5951) (Directrices, núm. 84).

<sup>130</sup> STPI de 25.3.1999, T-102/96, *Gencor v. Comisión*; STPI de 1.7.2008, T-276/04, *Compagnie maritime belge*, marginal 45.

### 3. Prohibición de abuso de posición dominante

#### A) Su alcance, fundamento y condiciones

53. Las normas de defensa de la competencia prohíben la explotación abusiva —por parte de una o varias empresas— de su posición dominante: (i) en el Mercado común, o en una parte sustancial de éste (art. 102 TFUE); (ii) o en todo o en parte del mercado español (art. 2.1 LDComp). Como se ve, no se prohíbe la posición de dominio, sino sólo su abuso: «La posición dominante, en sí misma considerada, no es ilegítima, y puede deberse al efecto expansivo de una gestión eficiente. Prohibirla sería tanto como impedir el éxito de una empresa, frente al fracaso de otras»<sup>131</sup>.

54. La prohibición *se aplica* a:

(i) «situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal» (art. 4.2 LDComp).

(ii) casos en que la posición de dominio de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal (art. 2.3 LDComp).

En cambio, la prohibición *no se aplica* a actuaciones: (i) que resulten de la aplicación de una ley (art. 4.1 LDComp), siempre que ésta sea conforme con el Derecho comunitario; (ii) de menor importancia (art. 5 LDComp).

55. El *fundamento* de la prohibición es la *especial responsabilidad* que incumbe a las empresas con posición de dominio de no distorsionar el mercado<sup>132</sup>. Este deber ha de analizarse en función de las características del mercado y las circunstancias concretas, pero se reconoce más exigente cuanto mayor sea el poder de mercado de la empresa<sup>133</sup>. El objetivo es conseguir que las empresas se comporten como si estuvieran sometidas a competencia<sup>134</sup>.

56. En la práctica, sin embargo, *no es fácil trazar la divisoria que separa las conductas prohibidas de las permitidas*. Muchas veces, se trata de comportamientos

<sup>131</sup> STS de 3.10.2006 (Ref. Iustel: §256391), FJ 5.º

<sup>132</sup> STJCE asunto *Michelin*, marginal 57; STPI de 7.10.1999, T-228/97, *Irish Sugar v. Comisión*, marginal 112.

<sup>133</sup> BELLAMY y CHILD, *European Community Law of Competition*, 6.ª ed., Oxford, 2008, pp. 939 y ss.; R. WHISH, *Competition Law*, 5.ª ed., Lexis Nexis, pp. 175, 189-190.

<sup>134</sup> F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia», en VV.AA., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, pp. 984-985.

admisibles en una situación de competencia normal<sup>135</sup>, pero no cuando los realiza una empresa que detente una posición dominante en el mercado. La solución debe también atemperarse con las características de cada uno de los mercados<sup>136</sup>. Además, puede utilizarse la posición dominante en un mercado para introducir prácticas restrictivas en otro.

A este respecto, hay que hacer las siguientes precisiones:

(i) La prohibición de abuso de posición dominante no contempla excepciones, a diferencia del artículo 101 TFUE<sup>137</sup>. No obstante, la conducta puede no estar sujeta a dicha prohibición, si la empresa dominante aporta una *justificación objetiva* para su actuación, que puede ser la *defensa de sus intereses comerciales*<sup>138</sup>, con medios razonables y apropiados<sup>139</sup>. La carga de la prueba recae sobre la empresa dominante (R. 1/2003, art. 2 y considerando 5)<sup>140</sup>.

(ii) Lo relevante no es sólo el propósito subjetivo de la empresa de eliminar a sus competidores del mercado, sino el *carácter objetivamente antijurídico de su actuación*.

(iii) El carácter abusivo de la conducta se determina sobre la base de la propia situación de la empresa, no en relación con la de sus competidores<sup>141</sup>.

(iv) Las prácticas han de ser *idóneas para restringir la competencia*. No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha hecho una interpretación amplia de esta exigencia:

— El artículo 102 TFUE no requiere demostrar que el abuso tiene un efecto concreto en los mercados, sino que basta con probar que puede tenerlo<sup>142</sup>.

— La *ineficacia de la conducta* —que puede no conseguir el objetivo de obstaculizar o expulsar a los competidores del mercado— no impide su calificación como abuso de posición dominante y su consiguiente sanción<sup>143</sup>.

<sup>135</sup> STS de 22.3.2006 (Ref. Iustel: §249322); STS de 16.2.1998 (Ref. Iustel: §318410), FFJJ 4.º y 5.º

<sup>136</sup> M. MEIER-WAHL y R. M. WROBEL, «Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt. Der Fall Microsoft», *WuW*, núm. 1, 1999, pp. 31-32.

<sup>137</sup> VAN BAEL y BELLIS, *Competition...*, cit., pp. 907-908.

<sup>138</sup> STJCE de 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Comisión (Michelin II)*, Rec. 2003, p. II-4071, marginales 107-109.

<sup>139</sup> STJCE de 14.2.1978, 27/76, *United Brands v. Comisión*, marginal 189.

<sup>140</sup> STJCE de 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Comisión (Michelin II)*, Rec. 2003, p. II-4071, marginales 107-109.

<sup>141</sup> STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginal 188; STJCE de 3.7.1991, C-62/86, *AKZO v. Comisión*, Rec. p. I-3359, marginal 74.

<sup>142</sup> STPI de 17.12.2003, T-219/99, *British Airways v. Comisión*, marginal 293; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginales 237-238.

<sup>143</sup> STPI de 30.1.2007, T-340/03, *France Télécom (antes Wanadoo)*, marginal 196; STPI de

— El artículo 102 TFUE no solo prohíbe las prácticas que directamente pueden causar un perjuicio a los consumidores, sino también las que les perjudican indirectamente, a través de su impacto en la estructura competitiva <sup>144</sup>.

### B) Prácticas prohibidas

57. De manera *ejemplificativa*, la normativa enumera una serie de conductas que se consideran prohibidas (arts. 102 TFUE y 2.2 LDCComp):

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio («injustificado»: art. 2.2 LDCComp) de los consumidores.

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

e) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios [art. 2.2.c) LDCComp].

58. En el *sector audiovisual*, las autoridades de la competencia han tenido que reaccionar frente a algunos de los más característicos abusos de posición dominante <sup>145</sup>:

(i) La imposición de *precios excesivos* por parte del operador dominante es una actuación contraria a la competencia [arts. 102 TFUE y 2.1.a) LDCComp]. No obstante, en la práctica, no es fácil decidir cuándo los precios resultan excesivos, especialmente cuando no pueden utilizarse elementos comparativos (*useful benchmarks*). A este respecto, en Europa se aplica el test desarrollado por el TJCE en el asunto *United Brands* <sup>146</sup>.

---

8.10.1996, T-24/93, *Compagnie maritime belge transports y otros v. Comisión* (1996) ECR II-1201, marginal 149; STPI de 7.10.1999, T-228/97, *Irish Sugar v. Comisión*, ECR II-2969, marginal 191; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginales 237-238.

<sup>144</sup> STPI de 15.3.2007, C-95/04 P, *British Airways*, marginales 106-107; asunto 6/72 *Euroemballage and Continental Can v. Comisión* (1973) ECR 215, marginal 26; STPI de 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, marginales 237-238.

<sup>145</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Televisión y Competencia*, cit., pp. 319 y ss.

<sup>146</sup> STJCE de 14.2.1978, 27/76, *United Brands v. Comisión* (1978) ECR 207.

En el sector audiovisual, pueden destacarse los siguientes asuntos:

— En la Sentencia de 28.3.1985 (*CICCE*)<sup>147</sup>, el TJCE se enfrentó con la denuncia formulada contra algunas emisoras francesas (*TF1, Antenne 2, FR3*) en relación con la fijación de *precios de adquisición de derechos de difusión de películas cinematográficas*<sup>148</sup>. El Tribunal no entró en el fondo del asunto, al entender que no podía establecerse para todos los casos la relación entre el precio y el valor económico de la prestación. El abuso de posición dominante debía ser probado —no respecto del conjunto de películas cuyos derechos de difusión habían sido adquiridos por las sociedades de televisión—, sino en relación con cada una de ellas.

— En España, las televisiones autonómicas se enfrentaron con la *Sociedad General de Autores de España (SGAE)* ante el incremento de precios acordado por esta última<sup>149</sup>. El TDC entendió que una desmesurada subida de los precios fijada por la *SGAE*, que ostenta una posición de dominio en el mercado, constituía una práctica abusiva<sup>150</sup>.

(ii) El *empaquetamiento de servicios (bundling o joint packaging)* es una de las principales estrategias de las empresas para conseguir economías de alcance y atraer demanda<sup>151</sup>. En condiciones de competencia efectiva, resulta también *positivo* para los consumidores, ya que supone un descuento en el precio sobre la oferta individualizada, disminuye los costes de transacción (ofrece al consumidor varios servicios en el mismo contrato) y puede generar mayor nivel de consumo y de bienestar en el mercado<sup>152</sup>. No obstante, el riesgo es que la empresa utilice su posición de dominio sobre determinados productos o servicios (*tying product*) para ganar poder de mercado respecto de otros (*tied product*). Esto explica que se prohíba la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, que *no guarden relación con*

<sup>147</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., pp. 193-194.

<sup>148</sup> STJCE de 28.3.1985, 298/1983, *Comité des industries cinématographiques de Communautés européennes —CICCE— v. Comisión*.

<sup>149</sup> En el asunto *Onda Ramblas/AGEDI* (expdte. 430/98), el TDC no encontró infracción a las normas de defensa de la competencia por parte de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGDI), en su actuación respecto de los derechos de producción y reproducción fonográficos.

<sup>150</sup> RTDC de 14.2.1991, expdte. 287/90, BICE núm. 2271, 11-17.3.1991. J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades...*, cit., p. 139.

<sup>151</sup> D. ESCODA VILLACORTA y A. GOLDEROS RODRÍGUEZ, «La normativa de competencia ante estrategias de empaquetamiento llevadas a cabo por operadores que disfrutaban de una posición de dominio en el sector de las telecomunicaciones», en J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 435 y ss.

<sup>152</sup> D. ESCODA VILLACORTA y A. GOLDEROS RODRÍGUEZ, «La normativa...», cit., pp. 437-439.

su objeto [arts. 102.2.e) TFUE y 2.2.e) LDCComp]. De manera más general, se prohíbe el empaquetamiento de servicios cuando *carezca de justificación objetiva*, por más que los servicios puedan guardar relación entre sí o sean conformes con los usos mercantiles <sup>153</sup>.

Con todo, la vinculación admite distintos grados:

— Los productos o servicios pueden presentarse en «paquetes cerrados» («*pure bundling*»), lo que significa la imposibilidad de adquirirlos por separado. Estas prácticas —salvo que exista una razón objetiva para ello—, en general, se consideran una negativa a suministrar o una discriminación de precios, contraria al artículo 102 TFUE <sup>154</sup>.

— Los productos o servicios también pueden ofrecerse tanto conjuntamente como por separado («*mixed bundling*»). No obstante, estas prácticas también pueden resultar anticompetitivas, cuando la empresa dominante acompañe la oferta conjunta de ventajas de tal intensidad que —de hecho— eliminen la capacidad de elección del consumidor. A este respecto, deberá valorarse si las ventajas económicas que se ofrecen al consumidor son el resultado de la mayor eficiencia económica que la empresa consigue con el empaquetamiento. Se trata de excluir que la oferta está animada por un propósito de expulsión del mercado de los competidores (subvenciones cruzadas). La carga de la prueba debe corresponder a la empresa dominante <sup>155</sup>.

(iii) *La negativa a negociar o a suministrar:*

— En la STJCE de 3.10.1985 (*CBEM*) <sup>156</sup>, el Tribunal analiza si infringe el artículo 102 TFUE el hecho de que una empresa con posición de dominio en el mercado de televisión, *sin justificación objetiva*, se reserve una actividad auxiliar —como es la gestión publicitaria—, que corresponde a un mercado distinto y que podría ser ejercida por una tercera empresa. De acuerdo con la jurisprudencia *Commercial Solvents* <sup>157</sup>, el TJCE calificó como abusiva la negativa de la *Compagnie Luxembourgeoise* a facilitar tiempo de antena a empresas de telemarketing distintas de su agente exclusivo, sin que existiera para ello justifica-

<sup>153</sup> Hay que tener en cuenta a este respecto que la jurisprudencia comunitaria ha interpretado que el artículo 102 TFUE no contiene una relación limitativa de conductas prohibidas (*Tetra Pak II*, marginal 37).

<sup>154</sup> A. JONES y B. SUFRIN, *EC Competition...*, 2.ª ed., cit., pp. 452-453.

<sup>155</sup> R. WHISH, *Competition...*, 5.ª ed., cit., p. 663.

<sup>156</sup> STJCE de 3.10.1985, 311/84, *Centre belge d'Etudes de Marché-Télémarketing (CBEM) v. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) & IPB*, 1986, 558. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., pp. 194-195.

<sup>157</sup> STJCE de 6.3.1974, 6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents v. Comisión*.



ción objetiva, basada en requisitos técnicos o comerciales relacionados con la naturaleza de la televisión.

— El TPI —en los asuntos *Magill TV-Guide*<sup>158</sup>— entendió que los derechos de autor en materia de televisión no amparan la *denegación a terceros de la autorización para publicar la programación semanal*. En concreto, el conflicto lo desencadenó la empresa *Magill TV Guide Ltd.*, dedicada a la publicación de una revista semanal de programación televisiva. Al difundir su primer número —que incluía las listas completas de los avances semanales de todos los canales de televisión—, fue requerida por un Tribunal irlandés para cesar en su actividad, dado que con ello lesionaba los intereses de las emisoras de televisión *BBC*, *ITV* y *RTE*, que habían reservado a sus propias revistas semanales, o a terceros, los derechos de publicación de la programación<sup>159</sup>. Al enfrentarse con el tema, el Tribunal llegó a la conclusión de que la reserva del derecho exclusivo de publicación de su programación semanal no respondía a necesidades específicas del sector de la radiodifusión. El objetivo perseguido era obstaculizar la aparición de una revista competidora, o lo que es lo mismo, el mantenimiento del monopolio en el mercado complementario de las revistas de televisión. Frente a ello, el Tribunal afirmó el juego de la libre competencia, que había de prevalecer sobre prácticas restrictivas, que exceden los límites de la función que pueden desplegar los derechos de autor.

(iv) Una de las conductas en las que típicamente se manifiesta el abuso de posición dominante es la *limitación de la producción, distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores* [art. 2.2.b) LDComp]. A este respecto, pueden destacarse los siguientes asuntos:

— En su Resolución de 12.9.1994 (asunto *fútbol extranjero por televisión*), el TDC se enfrentó con el establecimiento de *limitaciones injustificadas* por parte

<sup>158</sup> El TPI, con fecha de 10.7.1991, dictó tres sentencias, sustancialmente idénticas, que correspondían a los asuntos T-69/89, T-70/89 y T-76/89, que resuelven los recursos formulados por *RTC*, *BBC* e *ITP* contra la decisión de la Comisión que entendía que dichas empresas habían infringido el art. 102 TFUE. *Vid.* Rep. 1991, vol. 7/II. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., pp. 195-196.

<sup>159</sup> La entidad *BBC Enterprises Ltd.* tenía el derecho exclusivo de publicar las listas de los programas semanales de la *BBC1* y *BBC2* en su propia revista semanal de televisión. Por su parte, *Independent Publications Limited (ITP)* tenía contratada en exclusiva la publicación de los avances de los programas de *ITV* y de *Channel 4*. Ambas empresas —*BBC* e *ITP*— apelaban a la *United Kingdom Copyright Act* de 1956 como cobertura de estos derechos exclusivos. Finalmente, el ente público irlandés *RTE* se reservaba el derecho exclusivo de publicar las listas semanales de programas en su propia revista de televisión, invocando para ello la *Irish Copyright Act* de 1963. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio...*, vol. III, cit., p. 195, nota 159.

de una empresa con posición dominante [art. 2.2.b) LDComp]<sup>160</sup>. En concreto, se trataba de la denuncia presentada por la empresa *Gestevisión Telecinco S.A* contra la *Real Federación Española de Fútbol (RFEF)*, en relación con su negativa a autorizar la retransmisión para España de un partido de fútbol entre dos equipos italianos. El TDC calificó de interés público la existencia de concurrencia en la programación de fútbol por televisión, lo que presupone una libertad de retransmisión de encuentros deportivos. La emisión de partidos extranjeros tenía además una particular importancia para las televisiones privadas, ya que las públicas (y algún canal codificado) detentaban los derechos de emisión de los partidos de las competiciones oficiales nacionales y de la selección española. El mercado relevante —dice el TDC— está constituido por las retransmisiones en territorio español de partidos de fútbol celebrados entre equipos de países pertenecientes a la *UEFA*. Sobre este mercado, la *RFEF* detenta un monopolio legal, que la sitúa en una posición de dominio. Adicionalmente, la *RFEF* —directamente o a través de la *Liga Nacional de Fútbol Profesional*— controla la práctica totalidad de los encuentros que se celebran en España y los de mayor interés deportivo y económico (Liga, Copa del Rey y Selección Nacional). En esta situación, la denegación de la autorización para la retransmisión del partido de fútbol entraña —dice el Tribunal— un abuso de posición dominante, por constituir una actuación tendente a la limitación de la prestación de determinados servicios (distribución de imágenes de partidos de fútbol extranjeros). El encuentro para cuya transmisión *Telecinco* solicitó la autorización no perjudicaba ningún interés deportivo de los que deben ser tutelados por la *RFEF*. La denegación de la autorización, en el fondo, trataba de preservar el valor económico de los partidos de fútbol comercializados por la *RFEF* o sus miembros (la *Liga Nacional de Fútbol Profesional*), que disminuiría con la entrada en el mercado de los encuentros extranjeros. El TDC reconoció, pues, la existencia de un abuso de posición dominante por parte de la *RFEF*, aunque no impuso sanción alguna, por considerar que concurrían circunstancias atenuantes<sup>161</sup>.

— En la STPI de 12.6.1997, el Tribunal no advirtió la existencia de abuso de posición dominante en la *negativa a la venta* a una empresa instalada en un mercado geográfico distinto de derechos de imagen y sonido sobre carreras de

<sup>160</sup> RTDC de 12.9.1992 (núm. 648/90 del Servicio de Defensa de la Competencia). J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades...*, cit., p. 142.

<sup>161</sup> Entre ellas, las siguientes: la novedad de la aplicación de la legislación de competencia a una Federación Deportiva; la limitación de la acusación a un solo caso de denegación de autorización; y el hecho de que el partido se retransmitiera, pese a no contar con la pertinente autorización.

caballos, para su utilización por agencias hípicas <sup>162</sup>. La empresa *PMI* había llegado a un acuerdo con *Deutscher Sportverlag Kurt Stoof GmbH & Co. (DSV)* —sociedad alemana especializada en la edición de diarios de carreras hípicas—, por el que le transfirió el derecho exclusivo de explotación en la RFA y en Austria de las imágenes televisadas y los comentarios sonoros de las carreras francesas. *Ladbroke* solicitó la compra de las imágenes francesas para su retransmisión a través de sus agencias hípicas en Bélgica, lo que fue denegado. El TPI desestima la existencia de un comportamiento anticoncurrencial. A estos efectos, en primer lugar, el Tribunal destacó que las sociedades de carreras no habían otorgado ninguna otra licencia para el territorio belga, por lo que no podía invocarse discriminación alguna respecto de los operadores de este mercado. En segundo lugar, el TPI negó que la política de concesión de licencias practicada por las sociedades de carreras supusiera la fragmentación nacional del mercado: la existencia de mercados nacionales resultaba de su propia estructura, determinada por las condiciones de la competencia y, en particular, de la demanda. En tercer lugar, el Tribunal no consideró arbitraria la negativa de la empresa francesa a proporcionar al operador belga las imágenes y sonidos, cuando sí lo había hecho a los de otros países. La dimensión nacional de los mercados permitía adoptar políticas distintas en cada uno de ellos. El que la demandante estuviera dispuesta a pagar una retribución adecuada por la licencia, por sí misma, no permitía probar la existencia de un abuso, ya que no implicaba ninguna discriminación entre los operadores en el mercado belga. Tampoco podía considerarse abusiva la negativa por razón de que las agencias alemanas dispusieran de dichas imágenes, al no existir competencia entre éstas y las que operan en Bélgica. La inexistencia de obstáculos técnicos, así como el hecho de que *Ladbroke* pudiera resultar un competidor potencial de las sociedades de carreras tampoco permiten considerar la negativa de suministro un abuso de posición dominante, ya que éstas no operan en el mercado belga, ni han concedido licencia a operadores que actúen en dicho mercado. Por otra parte —aun suponiendo que la presencia de las sociedades de carreras en el mercado belga no sea determinante para la aplicación del art. 102 TFUE—, la negativa a la transferencia de los derechos de propiedad intelectual sólo podría considerarse abusiva si se refiriese a un producto o servicio esencial para el ejercicio de la actividad, por no existir ningún sustitutivo, o bien si fuese un producto nuevo cuya aparición pudiera verse obstaculizada. Desde esta perspectiva, la transmisión televisada de las carreras hípicas no se considera indispensable para el ejercicio de la actividad principal, que consiste en la aceptación de apuestas.

---

<sup>162</sup> STPI de 12.6.1997, T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA v. Comisión*.

#### 4. Remedios y sanciones (remisión)

59. El abuso de posición dominante constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia, que debe ser reprimida y, en su caso, sancionada por las autoridades administrativas. A estos efectos, deben aplicarse los mismos remedios que vimos a propósito de los acuerdos y prácticas restrictivas.

### V. Financiación de las obligaciones de servicio público

60. Los servicios audiovisuales se someten a las normas del mercado interior. Sin embargo, las instituciones europeas no han dejado nunca de reconocer la competencia estatal en este ámbito. La Comisión subraya el *carácter singular de la televisión*, que —junto a su dimensión económica— despliega una importante función informativa, cultural y educativa <sup>163</sup>. Esto explica que, con frecuencia, los Estados impongan en el sector *obligaciones de servicio público*, que tratan de asegurar objetivos de interés general que —por sí mismo— puede no satisfacer el mercado. El resultado es la coexistencia de empresas que desarrollan una actividad comercial con otras —generalmente, públicas— a las que específicamente se encomiendan cometidos de interés general. Estas últimas suelen ser financiadas con fondos públicos, lo que pone sobre la mesa la necesidad de proteger la competencia en el sector.

#### 1. Obligaciones de servicio público

##### A) Su definición corresponde a los Estados

61. En las actividades de mercado, en principio, la libre iniciativa, rectamente ordenada, es capaz de satisfacer lo que el interés general demanda. El sector audiovisual no es una excepción. No hay que olvidar que las televisiones comerciales y los editores de *medios impresos* (que compiten ahora a través de Internet) contribuyen decisivamente al pluralismo informativo y a la difusión de la cultura <sup>164</sup>. De ahí que los mecanismos de garantía pública sólo deban ponerse en marcha cuando la libre iniciativa se considere insatisfactoria.

---

<sup>163</sup> «Los servicios públicos de radiodifusión, a pesar de tener una importancia económica evidente, no son comparables con los servicios públicos de ningún otro sector económico». Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 9.

<sup>164</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 16.

En este marco, *corresponde a los Estados valorar cuándo es necesaria y proporcionada la imposición de obligaciones de servicio público*, que pueden recaer tanto sobre empresas públicas como privadas.

62. Además —en un contexto de marcada evolución tecnológica—, la Comisión Europea acepta que las empresas que tengan encomendadas obligaciones de servicio público puedan cumplir su función utilizando los *nuevos medios de transmisión* <sup>165</sup>.

B) *Los Estados deben decidir el sistema de financiación, siempre que sea conforme con las normas de competencia*

63. El *Protocolo núm. 32 sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros (1997)*, anejo al TCE, reconoce a los Estados la facultad de definir el sistema de financiación de las obligaciones de servicio público que entiendan conveniente, siempre que no distorsione la competencia, ni obstaculice el comercio <sup>166</sup>. De ahí que la *normativa española* reconozca al Estado, CCAA y entidades locales capacidad para determinar el sistema de financiación de su servicio público de comunicación audiovisual, a condición de que sea compatible con la normativa de competencia (art. 43.1 LGCA).

64. No hay inconveniente en que las misiones de servicio público se presten a cambio de *remuneración*, siempre que se satisfagan las concretas necesidades sociales, democráticas y culturales de la sociedad, sin dar lugar a efectos desproporcionados en la competencia y el comercio transfronterizo <sup>167</sup>. A estos efectos, pueden aprovecharse las *nuevas vías de financiación que abre el desarrollo tecnológico*, tales como la publicidad en línea o la prestación de otros servicios remunerados (acceso a archivos a cambio de una tarifa, canales de televisión de especial interés en la modalidad de pago por visión, acceso a servi-

<sup>165</sup> Pueden entrar incluso en servicios innovadores (proyectos experimentales), a escala limitada (en tiempo y audiencia), con el fin de obtener información sobre la viabilidad y el valor añadido del servicio previsto, siempre que ello no equivalga ya a la introducción de un nuevo servicio audiovisual completo e importante. Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 90.

<sup>166</sup> «Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público».

<sup>167</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 83.

cios móviles a cambio del pago de una cantidad fija, acceso en diferido a programas de televisión pagando una tarifa, descargas en línea de contenidos de pago, etc.)<sup>168</sup>.

65. La prestación de obligaciones de servicio público no tiene por qué ser deficitaria, pero las más de las veces lo será. De ahí que deban preverse mecanismos públicos de financiación, que cubran el eventual coste neto de realización de la actividad. A este respecto, la Comisión Europea mantiene una postura flexible<sup>169</sup>. En un entorno de cambio tecnológico, se acepta que la financiación pública soporte *servicios audiovisuales sobre nuevas plataformas de distribución*, ya se dirijan *al público general o a colectivos especiales*<sup>170</sup>. Lo relevante es que sean adecuados para la tarea de servicio público que el operador tenga encomendada, sin que su puesta en práctica distorsione la competencia, falsee los intercambios o incida en el mercado de manera desproporcionada e innecesaria<sup>171</sup>.

C) *En su actividad comercial, los operadores que tengan encomendadas obligaciones de servicio público no deben distorsionar la competencia*

66. Las empresas encargadas de la prestación de obligaciones de servicio público —*cuando realicen actividades comerciales*— deben comportarse conforme al *principio del inversor en una economía de mercado*, sin que puedan aprovechar la financiación pública para desarrollar prácticas anticompetitivas<sup>172</sup>:

— La financiación pública no puede servir para bajar los precios de la publicidad —o de las actividades no incluidas en el servicio público— por debajo de lo que pueda considerarse ajustado a las condiciones del mercado, con la finalidad de reducir los ingresos de los competidores (art. 43.7 LGCA)<sup>173</sup>.

— Tampoco podrán utilizar la compensación pública para sobrepujar frente a competidores privados por la adquisición de derechos de emisión (art. 43.7 LGCA).

<sup>168</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 82.

<sup>169</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 15.

<sup>170</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 81 y 84 y ss.

<sup>171</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 88.

<sup>172</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 93 y ss.

<sup>173</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 94.

— El cumplimiento de la tarea de servicio público puede hacer necesaria la *adquisición de contenidos de gran valor* <sup>174</sup>. Lo que no cabe es que el operador retire del mercado dichos derechos, sin utilizarlos, ni ceder su uso a terceros, de forma transparente y adecuada.

La observancia de este principio debe evaluarse caso por caso, a la vista de las peculiaridades del mercado y del servicio en cuestión <sup>175</sup>. No obstante, los Estados deben implantar los adecuados mecanismos de control <sup>176</sup>.

## 2. Financiación pública y ayudas estatales

### A) *La financiación pública no constituye una ayuda estatal, cuando se limita a compensar el coste neto de prestación de una obligación de servicio público*

67. Las obligaciones de servicio público pueden generar costes que no sean suficientemente cubiertos por los ingresos resultantes del ejercicio de la actividad. En este caso, deberán ser compensados, generalmente, a través de fondos públicos <sup>177</sup>. Ahora bien —*si la financiación pública se limita a cubrir el coste neto de prestación del servicio*—, no tiene la consideración de ayuda estatal <sup>178</sup>. La razón está en que, en este caso, los fondos públicos tienen un carácter puramente devolutivo de una obligación especial, por lo que no entrañan ventaja económica alguna para la empresa que los recibe <sup>179</sup> (art. 107.1 TFUE).

68. No obstante, para que la financiación pública no se considere ayuda estatal deben cumplirse los cuatro siguientes *requisitos (Altmark)* <sup>180</sup>:

<sup>174</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 92.

<sup>175</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 95.

<sup>176</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 96.

<sup>177</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 56 y ss.

<sup>178</sup> STJCE de 7.2.1985, 240/83, *ADBHU* (Rec., p. 531); STJCE de 22.11.2001, C-53/00, *Ferring* (Rec. p. I-9067); STJCE de 24.7.2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

<sup>179</sup> STJCE de 14.11.1984, C-323/82, *Intermills v. Comisión*, Rec. 1984, p. I-3809, marginal 31; STJCE de 27.1.1998, T-67/94, *Ladbroke v. Comisión*, Rec. 1998, p. II-1, marginal 52; STJCE de 16.5.2002, C-482/99, *Francia v. Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397; conclusiones del Abogado General Geelhoed, en los asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, *Repubblica Italiana v. Comisión y Sim 2 SpA multimedia v. Comisión*, Rec. 2003, p. I-04035; STJCE de 13.3.1985, 296 y 318/82, *Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek Bv v. Comisión*, Rec. 195, p. 809.

<sup>180</sup> STJCE de 24.7.2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magde-*

(i) La *empresa beneficiaria debe haber sido encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público*, claramente definidas como tales. En este sentido —en su Decisión de 7.11.1996—, la Comisión Europea entendió que el sistema de financiación de las cadenas públicas portuguesas no contenía ayudas estatales <sup>181</sup>. Los fondos públicos no podían considerarse «ventajas gratuitas», ya que —como contrapartida— se exigía la realización de actividades no competitivas: cobertura de todo el territorio nacional, explotación de las regiones de Madeira y Azores, explotación de los archivos audiovisuales, cooperación con los países de lengua portuguesa, cesión de derechos de antena para emisiones religiosas, mantenimiento de una cadena internacional, financiación de un teatro público y mantenimiento de delegaciones y corresponsales en lugares en los que las cadenas privadas no están representadas. La contabilidad analítica de estas empresas permitió que la Comisión comprobara que la financiación pública no excedía del coste de sus obligaciones.

(ii) Los *parámetros para el cálculo de la compensación deben ser previamente establecidos, de forma objetiva y transparente*. Esto no excluye que las autoridades nacionales puedan disponer de un cierto margen de apreciación <sup>182</sup>. A ello se añade que las instituciones comunitarias solo de manera limitada podrán controlar una apreciación que comporta la valoración de hechos económicos complejos <sup>183</sup>. Justamente, por ello, la jurisprudencia *Altmark* exige parámetros objetivos y transparentes, que impidan la utilización abusiva del concepto de SIEG por parte del Estado miembro <sup>184</sup>.

(iii) *La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir los gastos ocasionados por las obligaciones de servicio público*. A estos efectos, deben computarse los ingresos —directos e indirectos— que obtenga el operador como consecuencia de la prestación del servicio <sup>185</sup>. Se acepta que las empresas puedan obtener un *beneficio razonable* por la realización de la actividad <sup>186</sup>.

---

*burg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*; STPI de 1.7.2008, T-266/02, *Deutsche Post v. Comisión*, marginales 72-74.

<sup>181</sup> XXVI Informe sobre la política de competencia (1996), p. 97, núm. 213, y p. 265.

<sup>182</sup> STPI de 12.2.2008, T-289/03, *BUPA v. Comisión*, marginal 214.

<sup>183</sup> STPI de 27.2.1997, T-106/95, *FFSA y otros v. Comisión*, Rec. p. II-229, marginales 99-100.

<sup>184</sup> STPI de 12.2.2008, T-289/03, *BUPA v. Comisión*, marginal 214.

<sup>185</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 71.

<sup>186</sup> A estos efectos, se tomará en cuenta una tasa de rendimiento del capital propio, que tenga también en cuenta el riesgo contraído por la empresa, siempre que sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. En cambio, dicho beneficio no debe preverse, en caso de que la misión de servicio público se encomiende a un organismo sin ánimo de lucro que no realice más actividad que la prestación del servicio público, ya que no tie-



(iv) Cuando la empresa no haya sido seleccionada a través de un procedimiento de contratación pública <sup>187</sup>, la compensación debe calcularse sobre la base de *los costes que un operador medio habría soportado*, incluido un razonable beneficio industrial.

69. En la práctica, sin embargo, *no siempre resulta sencillo determinar si la financiación pública excede o no del coste neto de prestación del servicio* <sup>188</sup>. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

(i) No hay exceso de financiación, si los Poderes públicos actúan como un *inversor privado en una economía de mercado* y el resultado refleja el rendimiento razonable de las actividades de la empresa <sup>189</sup>.

(ii) Si la empresa interviene en distintos mercados, hay que *evitar que utilice los ingresos de la actividad sujeta a derechos exclusivos para distorsionar la competencia en las actividades sujetas a la libre iniciativa*. Hay que tener en cuenta que la financiación de las tareas de servicio público —si se la compara con cualquier otra actividad de mercado— tiene siempre un cierto matiz de privilegio, al tener garantizada la compensación económica.

(iii) La *separación contable entre las actividades de servicio público y las restantes actividades* facilita el control de la adecuación de la financiación pública (art. 43.5 LGCA) <sup>190</sup>. A ello se añade su carácter *analítico*, que separa los ingresos y costes de uno y otro tipo de actividades <sup>191</sup>.

---

ne que remunerar el capital empleado. Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 7.

<sup>187</sup> Hay que tener en cuenta que el artículo 106.2 TFUE *no exige que el servicio haya sido encomendado a través de un procedimiento de licitación pública*. En este sentido, la STPI de 26.6.2008, T-442/03, *SIC v. Comisión*, Rec. 2008: atribución por la República Portuguesa del servicio público de televisión a favor de la empresa pública de radiodifusión (RTP), sin convocatoria de licitación: Entre los requisitos de aplicación del artículo 106.2 TFUE *no se incluye la exigencia de que el Estado miembro haya seguido un procedimiento de licitación para adjudicar el SIEG* (marginal 145). No se desprende del tenor literal del artículo 106.2 TFUE, ni de la jurisprudencia relativa a este precepto que sólo pueda encomendarse un SIEG a un operador a través de un procedimiento de concurso público (marginales 145 y ss.).

<sup>188</sup> Libro Blanco sobre servicios de interés general [COM (2004) 374 final], punto 4.2.

<sup>189</sup> Decisión de la Comisión de 19.5.2004, sobre las medidas de Dinamarca a favor de *TV2/Danmark* (DO L 85, de 23.3.2006, pp. 14 y ss., marginales 116 y ss.).

<sup>190</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 60.

<sup>191</sup> El coste neto será la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora de servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones (art. 43.6 LGCA). En los ingresos, deberá constar información detallada de las fuentes y cuantía de los derivados de las actividades de servicio público y de los que no lo son. En los costes, se considerarán sólo los gastos contraídos en la gestión del servicio público. Los costes derivados de actividades que no son servicio público deberán identificarse claramente y contabilizarse por separado. Los costes

No obstante, la Comisión reconoce que la separación de cuentas —que no plantea especiales problemas del lado de los ingresos— puede resultar difícil o, incluso, inviable del de los *costes*. De entrada, los Estados pueden considerar que toda la programación se incluye en la misión de servicio público, aunque también pueda ser explotada comercialmente <sup>192</sup>. Por otra parte, se acepta que puedan asignarse íntegramente al servicio público los costes de actividades que sean susceptibles de explotación comercial (programa de servicio público que se vende también a otros operadores) <sup>193</sup>. La audiencia de televisión, por ejemplo, se genera tanto para cumplir la misión de servicio público como para vender espacios publicitarios. En definitiva, una distribución exhaustiva de los costes entre ambas actividades podría resultar arbitraria y carecer de sentido.

Así las cosas, la Comisión Europea apunta que la *separación funcional o estructural* entre las actividades de servicio público y las comerciales incrementaría la transparencia <sup>194</sup>. De hecho, el legislador español impone a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual el deber de proceder progresivamente a la *separación estructural* de sus actividades para garantizar los precios de transferencia y el respeto a las condiciones de mercado (art. 43.5 LGCA). El problema es que ambos tipos de separación son difíciles de implantar y no están exentos de contrapartidas <sup>195</sup>.

(iv) Se considera lícito el establecimiento de «reservas de servicio público» <sup>196</sup>, que permitan hacer frente a las fluctuaciones de costes e ingresos en la financiación de la actividad <sup>197</sup>. En concreto, se podrán mantener *reservas de hasta un 10% de la financiación anual presupuestada para el cumplimiento del servicio público* (art. 43.8 LGCA) <sup>198</sup>. Como límite, las reservas no podrán utilizarse para subvencionar actividades comerciales <sup>199</sup>.

---

destinados simultáneamente a desarrollar actividades de servicio público y las que no lo son se asignarán proporcionalmente. Los que sean atribuibles en su totalidad a actividades de servicio público, pero que beneficien a actividades que no lo son, se asignarán íntegramente a la actividad de servicio público.

<sup>192</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 65.

<sup>193</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 67.

<sup>194</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 69.

<sup>195</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios...*, cit., pp. 360 y ss.

<sup>196</sup> Decisión de la Comisión de 19.5.2004, sobre las medidas de Dinamarca a favor de TV2/Danmark (DO L 85, de 23.3.2006, p. 14, marginales 112-115).

<sup>197</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 73 y ss.

<sup>198</sup> Este precepto sigue diciendo que las reservas superiores sólo podrán mantenerse, previa autorización, en casos debidamente justificados. Estas reservas deberán ser utilizadas dentro

(v) Los Estados deben establecer *mecanismos externos de control*, que velen por que no exista sobrecompensación, así como por la adecuada aplicación de la financiación pública <sup>200</sup>.

70. En aplicación del Reglamento 659/1999, la *Comisión debe analizar* —y, en su caso, requerir— la información necesaria para verificar si la compensación económica excede o no del coste neto de prestación del servicio. Asimismo, debe proceder a un examen diligente e imparcial de las denuncias formuladas por terceros <sup>201</sup>. Por su parte —a nivel español—, la autoridad audiovisual debe controlar periódicamente la financiación pública que reciban los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual (art. 43.9 LGCA).

B) *Las ayudas están prohibidas, salvo que encuentren su justificación en un objetivo de interés general*

71. La financiación pública que exceda del coste neto de prestación del servicio público constituye una ayuda <sup>202</sup>. En cuanto tal, se sujeta al *principio general de prohibición de la ayudas estatales que falseen o amenacen falsear la libre competencia, afectando con ello a los intercambios entre los Estados miembros* (art. 107.1 TFUE). A este respecto, hay que tener en cuenta dos cosas:

(i) Las ayudas aspiran a facilitar la consecución de objetivos de interés general, pero —en sí mismas— son un elemento de distorsión de la competencia: introducen ventajas económicas que benefician selectivamente a determinadas empresas o producciones, alterando con ello la dinámica del mercado. Esto explica que el *falseamiento de la competencia*, en realidad, no sea un requisito adicional que deban cumplir las ayudas, sino «un efecto inherente a toda ayuda pública a actividades de mercado o realizadas en régimen de competencia» <sup>203</sup>.

---

de un plazo máximo de cuatro años. Las reservas no utilizadas al cabo de ese período se tendrán en cuenta para el cálculo de la compensación durante el siguiente período. En todo caso, al término de cada período de cuatro años deberá comprobarse si se ha mantenido un nivel de reservas anuales superior al 10%, en cuyo caso deberá ajustarse a la baja la compensación por el servicio público prestado.

<sup>199</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 76.

<sup>200</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 77 y ss.

<sup>201</sup> STPI de 1.7.2008, T-266/02, *Deutsche Post v. Comisión*.

<sup>202</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 20 y ss.

<sup>203</sup> J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Ayudas públicas», en L. VELASCO SAN PEDRO (COORD.), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, 2005, p. 513.

(ii) La prohibición del artículo 107.1 TFUE no comprende las ayudas que —por su cuantía o por las dimensiones de las empresas beneficiarias— no sean capaces de incidir apreciablemente en la competencia dentro del Mercado común. Ahora bien, el TJCE ha hecho una interpretación amplia de la exigencia de *afectación al comercio entre Estados miembros*. Basta con que una ayuda, del género que sea, refuerce la posición relativa de una empresa respecto de sus competidoras, nacionales o extranjeras, para entender que los intercambios comunitarios se ven afectados <sup>204</sup>.

72. La prohibición de las ayudas se flexibiliza con el reconocimiento de una serie de *excepciones* (art. 107.2 y 3 TFUE), cuyos presupuestos no encajan fácilmente en el sector audiovisual <sup>205</sup>. A este respecto, la excepción que podría invocarse es la de las ayudas destinadas a promover la *cultura* <sup>206</sup>, siempre que no alteren la competencia y los intercambios comunitarios en forma contraria al interés común <sup>207</sup> [art. 107.3.d) TFUE] <sup>208</sup>. No obstante, el concepto de cultura se interpreta de manera restrictiva, dejando fuera la atención a las necesidades pedagógicas y democráticas de la sociedad (decisiones *Kinderkanal* y *Phoenix*) <sup>209</sup>. De manera que —a menos que el Estado establezca una definición y una financiación separada para las ayudas sólo destinadas a promover la cultura—, con carácter general, éstas no podrán ser autorizadas en virtud del artículo 107.3.d) TFUE.

<sup>204</sup> STJCE de 17.9.1980, 730/79, *Philip Morris Holland BVv/Comisión*, Rec. 1980, p. 2671, marginal 11; STJCE de 21.3.1991, C-303/88, *República Italiana v. Comisión*, Rec. 1991, p. I-1433, marginal 17; STJCE de 19.9.2000, C-156/98, *República Federal de Alemania v. Comisión*, Rec. 2000, p. I-6857, marginal 33.

<sup>205</sup> En relación con la prensa escrita, *vid.* los principios y criterios de compatibilidad de las ayudas en el asunto 18/1984, *Comisión contra Francia*, 1985, Rep., 1339.

<sup>206</sup> M. DONY, «Les aides à l'audiovisuel à la lumière du Traité de Maastricht», en C. DOUTRELEPONT, *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*, LGDJ, Bruxelles, 1996, pp. 111 y ss.

<sup>207</sup> La Comisión se ha servido ya de esta excepción para justificar la autorización de ayudas para la promoción de la industria cinematográfica. *Vid.* asunto N 32/1997, régimen de préstamos del *Irish Film Board* [XXVII Informe sobre la política de la competencia (1997), p. 83, apdo. 283]; Decisión 97/238/CE, de 2.10.1996, en la que la Comisión no consideró probados los requisitos del artículo 87.3.d) TCE. En sus últimos pronunciamientos, la Comisión sentó las dos siguientes condiciones para el reconocimiento de la excepción cultural: primera, que la intensidad de las ayudas no sobrepase el 50% por película; y, segunda, que el productor debe tener libertad para gastar hasta un 20% de su presupuesto de producción en otros Estados miembros, sin perder por ello su derecho a percibir la totalidad de la ayuda (medidas francesas, asunto N 3/98-IP/98/515; medidas holandesas, asunto N 486/97-IP/98/1028; medidas alemanas, IP/99/246).

<sup>208</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 32 y ss.

<sup>209</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 34.

73. En este marco, en el *Derecho español*, la normativa dispone que la financiación pública que exceda del coste neto del servicio habrá de reembolarse o se minorará de la compensación presupuestada para el ejercicio siguiente (art. 43.4 LGCA).

### C) Control por la Comisión Europea: notificación previa y su exención

74. La normativa europea pone en pie un exigente sistema de control de las ayudas estatales:

(i) El artículo 108.1 TFUE encomienda a la Comisión —junto con los Estados miembros (art. 17 R. 659/1999)— el *examen permanente* de las ayudas existentes [art. 1.b) R. 659/1999]<sup>210</sup>, proponiendo las medidas apropiadas que exija el desarrollo o el funcionamiento del mercado común (arts. 18 y 19 R. 659/1999).

(ii) La Comisión será informada de los *proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas*, con la suficiente antelación, para poder presentar sus observaciones (art. 108.3 TFUE). El Estado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que haya recaído decisión definitiva.

Se *exceptúan* del deber de notificación previa las:

— *Ayudas de minimis*: ventajas patrimoniales otorgadas a una empresa que no sobrepasen la cantidad de 200.000 € en un período de tres ejercicios fiscales (art. 2.2 R. 1998/2006)<sup>211</sup>. El Estado debe facilitar el control a través de la organización de registros de ayudas *de minimis* (art. 3).

— *Ayudas incluidas en reglamentos de exención por categorías*, aprobados por la Comisión<sup>212</sup>, que —dentro de ciertas condiciones y por un período— declaren la compatibilidad con el mercado común de determinadas categorías de ayudas (art. 1.1 R. 994/1998). La Comisión debe imponer a los Estados normas para garantizar la *transparencia* y la *supervisión* de las ayudas exentas de notificación (art. 3 del R. 994/1998).

<sup>210</sup> Reglamento (CE) núm. 659/1999, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 (88) TCE (DO L 83, de 27.3.1999); Reglamento de la Comisión (CE) núm. 794/2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del R. 659/1999.

<sup>211</sup> Reglamento de la Comisión núm. 1998/2006, de 15 de diciembre.

<sup>212</sup> Reglamento 994/98, de 7 de mayo, sobre exención total o parcial de la aplicación de los artículos 92 y 93 (87 y 88) TCE de determinadas categorías de ayudas estatales horizontales y regionales.

Mediante Reglamento, la Comisión podrá declarar que —a la luz de la evolución y el funcionamiento del mercado común—, determinadas ayudas no cumplen los requisitos del artículo 107.1 TFUE, siempre que la ayuda concedida a una misma empresa durante un período dado no supere un determinado importe (art. 2.1 R. 994/1998). Cuando la Comisión lo solicite, los Estados deberán comunicarle cualquier información adicional sobre las ayudas exentas (art. 2.2 R. 994/1998).

75. En caso de que un proyecto no parezca compatible, la Comisión pondrá en marcha el *procedimiento de investigación formal* (art. 108.2 y 3 TFUE), que concluirá mediante una Decisión (art. 7.1 R. 659/1999), cuyo contenido podrá declarar que: (i) la medida notificada no constituye una ayuda (art. 7.2 R. 659/1999); (ii) la ayuda es compatible con el mercado común («decisión positiva»), en su caso, previa modificación por el Estado miembro interesado (art. 7.3 R. 659/1999) o acompañada de las oportunas condiciones (art. 7.4 R. 659/1999); (iii) la ayuda es incompatible (arts. 87.2 TFUE y 7.5 R. 659/1999).

76. En el *Derecho español*, la CNC no dispone de facultades de control parangonables a las de la Comisión Europea. La Ley simplemente le reconoce la facultad de analizar —de oficio o a instancia de las Administraciones públicas—, «los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia», con el fin de emitir informes y hacer propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia (art. 11.1 LDComp). La CNC publicará un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España (art. 11.2 LDComp).

### 3. *Posibilidad de inaplicar las normas generales de defensa de la competencia a los servicios de interés económico general*

77. *Las ayudas estatales también pueden ser consideradas compatibles por aplicación del artículo 106.2 TFUE*<sup>213</sup>. Este precepto permite excepcionar las normas de defensa de la competencia<sup>214</sup>, cuando ello sea necesario para que las empresas encargadas de la prestación de *servicios de interés económico general* (SIEG)

<sup>213</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 36 y ss.

<sup>214</sup> STJCE de 19.3.1991, C-202/88, *Francia v. Comisión*, (Rec. p. I-1223), marginal 12; STJCE de 23.10.1997, C-157/94, *Comisión v. Países Bajos*, (Rec. p. I-5699), apartado 39; STJCE de 21.9.1999, asunto C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* (Rec. 1999 p. I-05751), marginal 103.

cumplan la tarea específica a ellas confiada <sup>215</sup>. Como límite, el desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en forma contraria al interés de la Comunidad.

A este respecto, hay que tener en cuenta lo siguiente:

(i) Los Estados deben precisar claramente la *tarea de servicio público* <sup>216</sup>. Se admite que ésta puede consistir en la oferta de una *amplia gama de programas, variada y equilibrada, que aspire a mantener un cierto nivel de audiencia* <sup>217</sup>. Los operadores de servicio público también *pueden incluir servicios audiovisuales en todas las plataformas de distribución*. Ahora bien, su legitimidad dependerá de que la programación responda a *niveles mínimos de calidad*, que son «la razón de ser del SIEG de radiodifusión en el paisaje audiovisual nacional (...) No hay motivos para que un SIEG de radiodifusión definido en términos amplios (...) sacrifique el respeto de estas exigencias cualitativas en aras de un comportamiento de operador comercial» <sup>218</sup>.

(ii) El papel de la Comisión se limita a controlar eventuales «errores manifiestos» en que puedan incurrir los Estados en la definición de la tarea de interés general <sup>219</sup>.

<sup>215</sup> Decisión de 7.11.1996, relativa a la financiación de los canales públicos de televisión en Portugal; Decisión de 24.2.1999 (IP/99/132), relativa a la financiación pública de dos canales de televisión de especial interés (*Kinderkanal* y *Phoenix*); Decisión de 29.9.1999, mediante la que la Comisión aprueba la financiación pública de un canal de noticias de 24 horas, sin publicidad y no sujeto a tarifa para los operadores de cable o por satélite (*BBC News 24*) (IP/99/706).

<sup>216</sup> STPI de 26.6.2008, T-442/03, *SIC v. Comisión*, Rec. 2008, marginal 201; STPI de 22.10.2008, T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, *TV2/Danmark v. Comisión*, Rec. 2008, marginales 122 a 124.

<sup>217</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 33 y 47.

<sup>218</sup> STPI de 26.6.2008, T-442/03, *SIC v. Comisión*, Rec. 2008, marginal 211.

<sup>219</sup> «No corresponde a la Comisión decidir si debe emitirse y financiarse un programa por motivos de servicio de interés económico general, ni ocuparse de la naturaleza o calidad de un determinado producto. Habría, sin embargo, un error manifiesto en la definición de misión de servicio público si ésta incluyera actividades de las que no pudiera razonablemente considerarse que satisfacen —en los términos del Protocolo— las “necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad”. Este sería en general el caso, por ejemplo, de la publicidad, el comercio electrónico, la televenta, el uso de números de teléfono especiales en juegos con premio (...), el patrocinio o la comercialización. Además, podría producirse un error manifiesto cuando la ayuda estatal se utiliza para financiar actividades que no suponen un valor añadido en términos de satisfacción de las necesidades sociales, democráticas y culturales de la sociedad». Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 48.

(iii) El Estado debe encomendar a organismos independientes el *control del cumplimiento de la misión de servicio público* <sup>220</sup>. A falta de indicios claros y fiables de que el servicio se presta con arreglo a la misión encomendada, la Comisión no podría conceder ninguna exención en base al artículo 106.2 TFUE <sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginales 50 y ss.

<sup>221</sup> Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2009), marginal 55.