

PUBLICACIONES

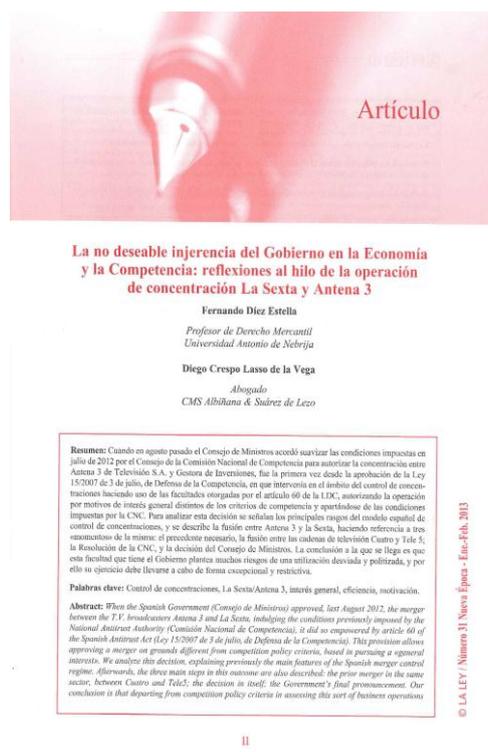
» “La no deseable injerencia del Gobierno en la Economía y la Competencia: reflexiones al hilo de la operación de concentración La Sexta y Antena 3”.

Fernando Díaz Estella
 Profesor de Derecho Mercantil
 Universidad Antonio de Nebrija
Diego Crespo Lasso de la Vega
 Abogado
 Departamento Derecho de la Competencia
 CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia
 ISSN 1575-2054
 La Ley, grupo Wolters Kluwer
 Enero / Febrero 2013 N° 31 Nueva Época
 Sección Artículos, pág. 11 y ss.
 LEY 19522/2012

Cuando en agosto pasado el Consejo de Ministros acordó suavizar las condiciones impuestas en julio de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia para autorizar la concentración entre Antena 3 de Televisión S.A. y Gestora de Inversiones, fue la primera vez desde la aprobación de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en que intervenía en el ámbito del control de concentraciones haciendo uso de las facultades otorgadas por el artículo 60 de la LDC, autorizando la operación por motivos de interés general distintos de los crite-

rios de competencia y apartándose de las condiciones impuestas por la CNC. Para analizar esta decisión se señalan los principales rasgos del modelo español de control de concentraciones, y se describe la fusión entre Antena 3 y la Sexta, haciendo referencia a tres “momentos” de la misma: el precedente necesario, la fusión entre las cadenas de televisión Cuatro y Tele5; la Resolución de la CNC; y la decisión del Consejo de Ministros. La conclusión a la que se llega es que esta facultad que tiene el Gobierno plantea muchos riesgos de una utilización desviada y politi-



zada, y por ello su ejercicio debe llevarse a cabo de forma excepcional y restrictiva. Palabras clave: Control de Concentraciones, La Sexta/Antena 3, interés general, eficiencia, motivación.

1. Introducción

El 24 de agosto pasado el Consejo de Ministros acordó suavizar las condiciones impuestas el 13 de julio de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia («CNC») para autorizar la concentración entre Antena 3 de Televisión S.A. («Antena 3») y Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A. («La Sexta»). Se trata de la primera vez desde la aprobación de la [Ley 15/2007 de 3 de julio \(LA LEY 7240/2007\)](#), de Defensa de la Competencia («LDC») que el Consejo de Ministros interviene en el ámbito del control de concentraciones haciendo uso de las facultades otorgadas por el artículo 60 de la LDC y la opinión que vamos a mantener en este breve comentario es que la intervención del Consejo de Ministros en la operación **Antena 3/La Sexta** excede, con mucho, lo permisible.

Como es sabido, la herramienta del control de concentraciones económicas ha constituido, desde principios de los años 90, una parte importante de la normativa de defensa de la competencia tanto en la Unión Europea como en España. Sin embargo, el control de estas operaciones no se ha limitado a adoptar medidas para corregir pérdidas de eficiencia en forma de restricciones a la competencia —que es, conforme a la «sabiduría convencional», la función preventiva que se le asigna—, sino que se ha empleado en más de una ocasión por los gobiernos de los Estados miembros —y todo hay que decirlo, también por la propia Comisión Europea— como una medida de defensa de sus respectivas políticas industriales ⁽¹⁾.

Este tipo de intervención política en la actividad económica ha generado un encendido debate acerca del nacionalismo económico en la Unión Europea, siendo así que los Estados miembros (por concentrarnos solo en éstos) han abusado en demasiadas ocasiones de los resquicios incluidos en la normativa comunitaria sobre control de concentraciones para bloquear algunas operaciones que se consideraban hostiles a los intereses del Estado en cuestión, al suponer el paso a manos extranjeras del control sobre empresas consideradas como estratégicas (por citar un ejemplo cercano, recuérdense las «maniobras» encaminadas a «torpedear», a través sobre todo de la Comisión Nacional de Energía y la famosa «función 14», la adquisición de control sobre Endesa propuesta por la alemana E.On, y que acabaron con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo 2008 condenando al Gobierno de España y, en última instancia, con la eléctrica española a manos de la italiana Enel). No sorprende por ello que la Comisión lleve tiempo intensificando sus esfuerzos para que los Estados adopten medidas para limitar a supuestos excepcionales su intervención y sigan trabajando en la construcción de un verdadero mercado interior en el que se garantice la libre circulación de capitales y mercancías.

Y lo mismo cabe decir del sistema de control de las fusiones en España instaurado por la antigua [Ley 16/1989 \(LA LEY 1856/1989\)](#) de defensa de la competencia y que, al menos desde nuestra perspectiva, permitió en no pocos casos que el Gobierno —que es quien tenía por ley la última palabra en este ámbito, reservándose al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) un papel meramente consultivo— se sirviera de esta facultad para introducir en sus decisiones objetivos de regulación totalmente ajenos a la política de competencia (por citar algunos casos

que se han considerado al menos controvertidos en el sentido indicado: la fusión digital entre Sogecable y Vía Digital, las concentraciones en el sector eléctrico y gasista y, en particular, la decisión sobre la propuesta finalmente abortada de fusión entre Endesa e Iberdrola, o las concentraciones entre las grandes entidades financieras). Pues bien, en el marco del proceso de reforma del sistema español de defensa de la competencia esta situación también fue ampliamente criticada por el conjunto de interesados que participaron en la consulta pública (empresas, abogados pero también la propia autoridad de competencia que reclamaba un mayor protagonismo en este ámbito) ⁽²⁾, lo que desembocó en un cambio radical del sistema de competencias, atribuyendo en exclusiva a la CNC la potestad de decidir en este ámbito, sin perjuicio de dejar, también aquí, la puerta ligeramente abierta para que el Gobierno pudiera intervenir, pero siempre por causas distintas a la política de defensa de competencia.

Pues bien, de todo ello habremos de dar cuenta en este comentario en el que seguiremos el siguiente esquema: tras esta breve introducción, ahondaremos en el epígrafe II sobre los principales rasgos del modelo español de control de concentraciones, en particular tras la reforma operada por la Ley 15/2007 actualmente vigente. A continuación, en el epígrafe III, se entra al análisis de la operación de concentración objeto de este comentario, la fusión entre Antena 3 y la Sexta, haciendo referencia a tres «momentos» de la misma: el precedente necesario, la fusión entre las cadenas de Televisión Cuatro y Tele 5; la Resolución de la CNC; y la decisión del Consejo de Ministros. Finalmente, en el epígrafe IV se ofrecen una serie de conclusiones y una valoración crítica de este expediente.

2. El procedimiento de control de concentraciones en la vigente LDC

Como se ha dicho, la normativa de 2007 introdujo una profunda modificación en el sistema de control de las operaciones de concentración al reservar al Consejo de la CNC la potestad exclusiva para resolver en estos casos a los efectos de proteger el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. A la vez, este cambio esencial resultaba ligeramente atemperado por una cláusula en virtud de la cual la decisión de la CNC podría ser desatendida por el Gobierno cuando entraran en juego motivos **«de interés general distintos a la competencia»**. Dicha cláusula, inspirada en la legislación alemana, tenía un carácter —en la intención de los promotores del proyecto normativo— residual y de activación excepcional, y, pese a las enmiendas planteadas no se llegó a suprimir en el trámite parlamentario ⁽³⁾, si bien se redujeron considerablemente las causas por las que el ejecutivo podía no atender a la propuesta del regulador.

Ya en la fase de elaboración de la Ley 15/2007, y en ese debate público al que acabamos de hacer referencia, fueron muchas las voces ⁽⁴⁾ que se alzaron en contra de lo que se consideraba una injerencia del Gobierno en el mercado y las decisiones económicas de los operadores: la facultad del Consejo de Ministros de apartarse de la decisión del órgano de defensa de la competencia, por motivos de «interés general», distintos de la defensa de la competencia. Se denunciaba, en efecto, la politización del sistema, los riesgos de pérdida de independencia y el uso «regulatorio» y de política industrial que, a través de este mecanismo, podía hacer el Gobierno de la normativa de Competencia.

Así las cosas, en nuestra opinión, no deja de ser cierto que hay casos excepcionales en los que una decisión basada únicamente en criterios de competencia —entiéndase, de eficiencia económica— puede impedir objetivos de interés general distintos de los de la libre competencia; no olvidemos que la competencia es un medio, no un fin en sí mismo. Y parece igualmente correcto afirmar que bastantes legislaciones de nuestro entorno europeo comunitario —aunque no todas— tienen cláusulas similares que permiten la intervención del Gobierno. Incluso, como también se ha apuntado, el Reglamento comunitario prevé esta intervención en relación con aquellas operaciones que tienen dimensión comunitaria y que son conocidas, en principio, por la Comisión (artículo 21). Lo que está fuera de toda duda es que esta intervención debe resultar en todo caso excepcional. Lo que toca preguntarse ahora —en este expediente concreto— es si existen en este caso las razones de interés general que se aducen por el Consejo de Ministros, que consisten en las necesidades del plan de liberación del dividendo digital y la defensa del pluralismo informativo. De ello nos ocupamos en las páginas siguientes.

3. El Expediente C/0432/12, Antena 3/La Sexta

3.1. Los «precedentes»: la fusión entre Tele 5 y la Cuatro

Por Resolución de 28 de octubre 2010 (casi dos años antes del Acuerdo del Consejo de Ministros que es objeto de comentario), la CNC acordó autorizar la concentración económica consistente en la toma por GESTEVISIÓN TELE CINCO, S.A. (Telecinco) del control exclusivo de SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (Cuatro), mediante la compraventa del 100% de su capital social, subordinándola al cumplimiento de una serie de compromisos propuestos por el notificante y que el Consejo, coincidiendo la valoración de la Dirección de Investigación, consideró que resultaban suficientes y proporcionados para eliminar los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva derivados de la operación objeto de análisis ⁽⁵⁾.

Así, se prohíbe a Telecinco la venta mediante una misma oferta comercial de la publicidad de los dos canales en abierto de mayor audiencia que gestiona la cadena, además de precisar que la audiencia conjunta de los canales incluidos en cada oferta comercial no podía superar el 22%. A continuación, se incluye la prohibición de desarrollar políticas comerciales de venta vinculada, así como la obligación de no concluir nuevos contratos para la gestión de publicidad de terceros operadores de la televisión en abierto, limitando la duración de los contratos ya firmados a un periodo máximo de un año desde la entrada en vigor de la resolución. Además, la autorización de la CNC a la operación requería que Telecinco se comprometiera a no alquilar o arrendar canales de múltiples, titularidad de terceros operadores de TDT, y a no obstaculizar el lanzamiento de nuevos servicios, incluyendo las mejoras en la calidad de emisiones realizadas por los operadores con los que compartía el canal múltiple. Respecto de los contenidos audiovisuales de terceros, la duración de los contratos para su adquisición exclusiva no debía superar los tres años para las series y cinco para las películas cinematográficas, con la excepción de poder adquirir la «vida total» de cada serie y programa de entretenimiento. Por último, se establecía que las condiciones incluidas en la resolución tendrían una vigencia inicial de tres años.

Nos ha parecido oportuno señalar estas condiciones, de forma tan resumida, porque —como veremos seguidamente— precisamente una de las razones que el Consejo de Ministros aduce para separarse de la Resolución de la CNC en el asunto **Sexta/Antena 3** es la asimetría de trato con relación al asunto **Tele 5/Cuatro**.

3.2. La Resolución de la CNC de 13 de julio de 2012

Esta operación fue notificada inicialmente a la CNC el 30 de diciembre de 2011. No obstante, la CNC rechazó tramitar el expediente dado que la operación tenía «dimensión comunitaria» —debido a la participación del Grupo De Agostini como accionista de control de Antena 3—. En

consecuencia la notificante se dirigió a Bruselas, si bien desde el comienzo decidió solicitar el reenvío del expediente a la autoridad española conforme a la posibilidad reconocida en el artículo 4.4 del Reglamento 139/2004, sobre la base de que la autoridad española era la mejor situada para conocer de una operación que afecta a la competencia en mercados de dimensión nacional y tiene una reconocida experiencia en este ámbito.

Dicha solicitud fue aceptada, lo que finalmente llevó a presentar una nueva notificación ante la CNC el 15 de marzo 2012. Así pues, se notifica por parte de Antena 3 la adquisición del control exclusivo La Sexta, mediante la compraventa del 100% de su capital social, dando lugar el expediente **C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA**. Conforme al artículo 57.1 LDC, la Dirección de Investigación formó expediente y elaboró el correspondiente informe de la operación junto con una propuesta de resolución. El Consejo adoptó con fecha 21 de marzo (seis después de la notificación) resolución en primera fase en la que acordó iniciar la segunda fase del procedimiento conforme al artículo 57.2.c) de la LDC, por considerar que la misma podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todos o alguno de los mercados considerados. Finalmente, en su Resolución de 13 de julio de 2012, el Consejo de la CNC acordó, en aplicación del artículo 58.4.b) LDC, subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de una serie de condiciones ⁽⁶⁾.

Así, la CNC concluyó que la concentración era susceptible de tener efectos negativos sobre la competencia en diversos mercados del sector audiovisual en España, sobre todo en el mercado de publicidad en televisión, si bien daba lugar también a solapamientos horizontales significativos también en el mercado de la televisión en abierto en España, con efectos en varios mercados verticalmente relacionados relativos a contenidos audiovisuales. La CNC llevó a cabo el clásico análisis de efectos **unilaterales** y efectos **coordinados**. En primer lugar, concluyó que se vería afectado el mercado de publicidad en tele-

visión, fruto de la desaparición de La Sexta como oferente independiente de espacios publicitarios televisivos, que pasarán a ser gestionados por Antena 3, lo que reforzaría su poder de negociación frente a los anunciantes. En segundo lugar, se entendió por la CNC que la concentración podría favorecer que Mediaset (que controla los canales integrados en Telecinco y Cuatro) y Antena 3 actuaran de forma coordinada en el mercado de publicidad televisiva en perjuicio de la competencia. Y en cuanto al mercado de adquisición de contenidos, la operación podría reforzar su poder de negociación de cara a la adquisición de los contenidos audiovisuales de mayor atractivo, lo que podría afectar a la capacidad competitiva de otros operadores de televisión en abierto y de los editores y productores de contenidos audiovisuales de menor tamaño.

En definitiva, las condiciones a las que se sujetaba la autorización de la operación eran las siguientes:

1) Condición primera: sobre la publicidad televisiva

El objetivo final de las obligaciones contenidas en esta condición era evitar que la entidad resultante pudiera desarrollar políticas comerciales que limitaran la libertad de contratación de los anunciantes y agencias de medios, o que excluyeran a terceros operadores de televisión en abierto. De la misma se derivaban un total de quince obligaciones (numeradas con las letras a) a la o), en el Fundamento de Derecho 2.º de la Resolución de la CNC), que no parece oportuno reproducir aquí íntegramente, sino en forma resumida. Así, esta condición primera establecía que la entidad resultante:

- a) Deberá romper sus acuerdos de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros, y no podrá firmar nuevos acuerdos de este tipo.
- b) Deberá comercializar de forma separada, a través de sociedades diferentes, los espacios publicitarios de sus dos canales de mayor audiencia. Cada una de las sociedades podrá co-

mercializar productos publicitarios de canales cuya audiencia conjunta no supere el 18% de cuota semestral media. He aquí una primera diferencia con el caso Telecinco/Cuatro, por cuanto el umbral establecido en relación con aquella operación era del 22%.

c) Deberá publicar con una periodicidad mínima trimestral su oferta de productos publicitarios televisivos que deberá incorporar, como mínimo, los productos necesarios para garantizarla posibilidad de adquisición de espacios publicitarios de forma individualizada en cada uno de los canales de televisión de Antena 3.

d) No podrá emplear políticas comerciales que supongan la imposición de unos productos publicitarios sobre otros. En particular, las sociedades que comercialicen la publicidad televisiva de la entidad resultante no podrán primar la contratación de publicidad de forma conjunta en varios canales de televisión sobre la contratación de forma individualizada en cada uno de los canales.

e) No podrá ofrecer la contratación de espacios publicitarios en **simulcast** salvo que el anunciante lo solicite por escrito previa y expresamente. Esta obligación no afecta a la sociedad que comercialice la publicidad del canal Antena 3.

f) No podrá condicionar las ofertas comerciales a los anunciantes o agencias de medios a la garantía de contratación de una cuota mínima de inversión o de GRP's.

g) Las negociaciones entre las sociedades que gestionen la publicidad televisiva de la entidad resultante y los anunciantes y agencias de medios deberán regirse por unos principios mínimos de transparencia, objetividad, previsibilidad y seguridad jurídica.

2) Condición segunda: sobre la televisión en abierto.

El objetivo final de las obligaciones contenidas en esta condición era asegurar que la entidad resultante no reforzara su poder de mercado en los mercados afectados a través de acuerdos

con terceros operadores licenciatarios de múltiples de televisión digital terrestre.

3) Condición tercera: sobre la adquisición de contenidos audiovisuales.

Se perseguía que la entidad resultante permitiera la salida periódica al mercado de los contenidos audiovisuales que haya adquirido o pueda adquirir. Al igual que en lo relativo a la publicidad televisiva, también la CNC en este caso desarrollaba una larga lista de obligaciones [un total de 10, enumeradas con las letras a) hasta la j), en el Fundamento de Derecho 2.º de la Resolución] derivadas de esta condición.

4) Condición cuarta: sobre las obligaciones de presentación periódica de información.

La entidad resultante debía entregar de forma periódica información sobre su actuación en los mercados afectados a fin de facilitar la vigilancia del cumplimiento e implementación de las anteriores condiciones.

5) Condición quinta: sobre el plazo de vigencia de las condiciones.

Se estableció que las condiciones anteriormente expuestas tendrían una vigencia de cinco años desde que la resolución en segunda fase fuera firme en vía administrativa.

Es sabido que Antena 3 reaccionó virulentamente a las condiciones **impuestas** por la CNC (que no compromisos, como en el caso de Telecinco/Cuatro, negociados y pactados por el notificante con la administración) declarando que éstas hacían inviable la operación de concentración, al cercenar sus posibilidades de competir en el mercado, y como tal lo comunicó en calidad de hecho relevante a la CNMV el 17 de julio de 2012 y pasando de esta manera la «patata caliente» al Gobierno.

3.3. El acuerdo del Consejo de Ministros.

Con todos los antecedentes descritos, la sorpresa (para algunos, al menos) llegó el 27 de agosto de 2012, cuando el Consejo de Ministros

acuerda autorizar la concentración (Expediente CE-007/12 en el Ministerio de Economía y Competitividad), y lo hace subordinando la autorización al cumplimiento de cinco condiciones, que en su rúbrica formal coinciden literalmente con las indicadas por la CNC en su Resolución, y sin embargo en su contenido digamos que quedan sensiblemente «rebajadas» ⁽⁷⁾.

En su **EXPOSICIÓN**, se ampara el acuerdo del CM en el artículo 10 LDC que recoge, con carácter no exhaustivo, los criterios de naturaleza sustantiva que deberán ser tenidos en cuenta en la valoración de las operaciones de concentración. Dichos criterios garantizan la protección del conjunto de intereses generales afectados por las operaciones sometidas a control, cuya salvaguarda se atribuye a la CNC y al CM según la naturaleza de aquéllos. Y cita a continuación un párrafo tomado de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, en el que se establece que, en materia de los criterios que han de regir la valoración sustantiva de las operaciones de concentración:

«la ley separa claramente los que guiarán la toma de decisiones por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, centrada en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de aquéllos en que podrá basarse la intervención del Gobierno, relacionados con la protección de los intereses generales de la sociedad.»

Estos criterios u objetivos son, como hemos señalado en la introducción, criterios de interés general distintos de la defensa de la libre competencia.

Pues bien, el acuerdo del CM, para «corregir» la Resolución de la CNC y rebajar las condiciones impuestas por ésta, señala dos: el plan de liberalización del «dividendo digital» y el aseguramiento del pluralismo informativo. Los analizamos a continuación, junto con un tercer motivo, y es la supuesta asimetría en el tratamiento de esta operación y la anteriormente referida de la fusión entre Tele 5 y la Cuatro. Así mismo, y como pro-

puesta «académica» de este comentario, se lleva a cabo una breve digresión sobre la posible incompatibilidad del acuerdo del CM con la normativa comunitaria.

A) Objetivos de la regulación sectorial de comunicaciones electrónicas: el aseguramiento de la ejecución del Plan de liberalización del «dividendo digital»

La [Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible \(LA LEY 3603/2011\)](#), prevé que una parte de la banda de frecuencias actualmente utilizada por el servicio de televisión, pasase a ser utilizada por los servicios de telefonía móvil a partir del 1 de enero de 2015. La banda de frecuencias 790-862 MHz (canales 61 a 69) se destinaría a desplegar las redes de telefonía móvil de cuarta generación 4G. Esta banda de frecuencias se conoce como «dividendo digital». Esta ley también dispone que los costes derivados de este proceso sean sufragados con cargo a los ingresos obtenidos de la adjudicación de dichas frecuencias a los operadores móviles.

Este plan, descrito en detalle en el acuerdo del CM, con abundantes referencias a todo tipo de normativa sectorial (como la [Ley 7/2010, de 31 de marzo \(LA LEY 6072/2010\)](#), General de la Comunicación Audiovisual, con el [Real Decreto 944/2005, de 29 de julio \(LA LEY 1208/2005\)](#), por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre), Conferencias de diversa índole (Conferencia Regional de Radiocomunicaciones de la Región 1 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) que aprobó el Plan de Ginebra en junio de 2006; o la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones de 2012 (CMR12) celebrada en Ginebra del 23 de enero al 17 de febrero de 2012), a otras actuaciones del Gobierno (el Programa Nacional de Reformas de España 2012, aprobado por Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012), y en fin, al despliegue de las redes de telefonía móvil de cuarta generación, y su importancia debido a su impacto en la economía nacional, del

cual serán beneficiarios los operadores Movistar, Orange y Vodafone.

Tras todo este alud de referencias que, ciertamente, poco o nada tienen que ver con consideraciones estrictamente de Derecho de Defensa de la Competencia, señala el acuerdo del CM que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo viene trabajando en un nuevo Plan de actuaciones para la liberación del dividendo digital con el fin de alcanzar los siguientes objetivos de **interés general**:

- a) Minimizar el impacto y las molestias a los ciudadanos.
- b) Limitar el coste global del proceso para ciudadanos, prestadores del servicio de televisión y su incidencia presupuestaria.
- c) Reducir el riesgo del proceso para los prestadores del servicio de televisión, minimizando en lo posible cambios de canal, y maximizando la antenización de los MUX que se planifiquen.
- d) Fomentar el desarrollo de la Televisión de Alta Definición (HD), lo que facilitará una mejor comunicación del Plan a la sociedad, y permitirá aprovechar el parque de más de 12 millones de receptores HD-TV ya existente en nuestro país.
- e) Prever y facilitar la transición a las nuevas soluciones tecnológicas para la televisión digital DVB-T2 y anticipar soluciones que minimicen el impacto sobre los ciudadanos y el sector televisivo de un eventual segundo dividendo digital (DD2) que pudiera presentarse en el futuro.
- f) Adelantar la implantación de la telefonía móvil 4G, favoreciendo la inversión y la innovación.
- g) Limitar el impacto en la industria y los proveedores de servicios (fabricantes de equipos, instaladores y operadores de servicios de transporte y difusión de la señal televisiva).

Por otro lado —y aquí viene el núcleo de la argumentación del CM, y el motivo último de su decisión—, el tamaño de los operadores juega un papel especialmente relevante a la hora de asegurar la viabilidad de todo el proceso. Un es-

cenario con la presencia de operadores de televisión de mayor tamaño resulta especialmente favorable para la consecución de los objetivos del nuevo Plan, con lo que:

«resulta especialmente relevante para el éxito del proceso de liberación del dividendo digital garantizar que se complete la operación de concentración analizada en este Acuerdo. De esta forma, la inviabilidad de la operación proyectada como resultado de las condiciones impuestas por la CNC, incide negativamente en la ordenación del sector.»

B) Objetivos sectoriales vinculados al sector audiovisual: garantía del pluralismo de los medios de comunicación

En el acuerdo del CM, los objetivos sectoriales en este ámbito derivan de lo establecido en la [Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 \(LA LEY 7119/2010\)](#), sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

Como es sabido, dicha Directiva ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento jurídico por la [Ley 7/2010, de 31 de marzo \(LA LEY 6072/2010\)](#), General de la Comunicación Audiovisual, introduciendo ésta un nuevo marco regulador de la comunicación audiovisual en su conjunto y, en especial, de la comunicación comercial, como derecho reconocido a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, creando un régimen jurídico basado en la liberalización de la prestación de los servicios, teniendo en cuenta que éstos se desarrollan en un mercado plural, abierto y competitivo.

Sin embargo —y éste es el otro gran razonamiento del CM para autorizar la operación en sus términos, y no los de la CNC— de este derecho (consagrado en el artículo 4 de la citada Ley 7/2010) a recibir una comunicación audiovi-

sual plural se «salta» al argumento de que ello requiere dimensión, conjugando, eso sí:

«[P]or una parte, unos límites absolutos en términos de audiencia y de acumulación de derechos de uso del espectro y explotación de programas y, por otra, la necesidad de contar con unos operadores que puedan alcanzar una dimensión y unas economías de escala que los haga viables desde un punto de vista económico reconociendo para ello la posibilidad de poseer participaciones significativas en varios prestadores.»

Y como es éste un objetivo que no corresponde garantizar a la autoridad de competencia —la CNC—, sino que pertenece al ámbito propio de las competencias del Gobierno que debe asegurar una configuración económicamente sostenible del sector audiovisual, del cual dependen todo otro conjunto de bienes de interés general que deben quedar garantizados, pues entiende el Consejo de Ministros que la consolidación de esos dos operadores del mercado de la televisión (Antena 3 y La Sexta) permite reforzar su viabilidad financiera en el medio y largo plazo, a través de las sinergias que se podrían derivar de la operación (esto es evidente, no hacía falta que lo dijera nadie), y lejos de eliminarse un operador, y por tanto reducirse la oferta y el pluralismo informativo, éste se mantiene y sale reforzado, ya que:

«la operación garantiza la pervivencia de canales que sirven a públicos objetivos diferentes que, de otra manera, quedarían privados, con certeza, de una línea editorial de características propias bien definidas con el consiguiente empobrecimiento del pluralismo que debe quedar protegido.»

La cuestión es, ¿cómo se garantiza esta pervivencia? ¿Se ha impuesto algún tipo de condición a la entidad resultante de la operación en esta línea? La respuesta es, desafortunadamente, que no, y por tanto nada impide que pasado un tiempo, desaparezca la línea editorial de una de las dos entidades, siendo «ideológicamente»

absorbida por la otra, y por tanto el resultado final de esta concentración sea exactamente el contrario que el supuestamente conseguido con su autorización por el acuerdo del CM.

Por cierto, tal y como se relata en la Resolución de la CNC, durante la tramitación del expediente la autoridad de competencia recabó información de la Secretaría de Estado de Telecomunicación y para la Sociedad de la Información y ésta se pronuncia a favor de la operación en la medida en que no tiene efectos sobre el pluralismo informativo televisivo y es conforme con el [artículo 36 de la Ley 7/2010 \(LA LEY 6072/2010\)](#) General de la Comunicación Audiovisual, entre otras razones porque la audiencia conjunta de los múltiples de televisión digital terrestre de las dos partes es inferior al 27%. Desconocemos sin embargo si en el citado informe se argumenta, en línea con lo propuesto por el CM, que la operación propuesta no solo resulta inocua para el interés general, sino que la misma es incluso positiva —necesaria habría que decir, por cuanto se trata de justificar eliminación de condiciones que el regulador especializado y único en materia de competencia ha considerado esenciales para la protección de un interés general que goza constitucionalmente hablando del mismo grado de protección— para preservar aquél.

C) El tratamiento supuestamente asimétrico y discriminatorio en relación con la operación de concentración entre Tele 5 y la Cuatro

En el procedimiento ante la CNC Antena 3 ofreció, en relación con el mercado de la publicidad televisiva, compromisos que no fueron aceptados por la CNC, quien insistió en imponer las condiciones a que hemos hecho referencia en un epígrafe anterior. Antena 3 entendió —y así lo manifestó públicamente— que tales condiciones son discriminatorias, más severas e imponen mayores restricciones y nuevas obligaciones a Antena 3 respecto a Mediaset (Telecinco). En particular cuestionó la obligación de mantener dos sociedades y equipos separados para comercializar la publicidad de los canales de Ante-

na 3 y La Sexta, no exigida en relación con la operación anterior, así como las limitaciones a las ofertas de publicidad televisiva empaquetando varios canales de televisión, cuya audiencia semestral media conjunta no supere el 18%, en vez del 22% establecido para Mediaset.

Tales condiciones mermaban, en opinión de la empresa, su capacidad de competir con el líder del mercado. Además, en la condición primera existen obligaciones adicionales que no se recogían en los compromisos TELECINCO/CUATRO, que también hemos recogido en un epígrafe precedente. En especial este supuesto trato discriminatorio era respecto de las obligaciones relativas, por ejemplo, a la pauta única, a las cuotas mínimas de inversión, o a las prácticas de negociación con los anunciantes.

En cambio, en los ámbitos del mercado de la televisión en abierto (condición segunda ANTENA 3), mercado de adquisición de contenidos (condición tercera) y obligaciones de información periódica (condición cuarta), las obligaciones establecidas por las condiciones a ANTENA 3 son, como señala la CNC, similares a las ofrecidas por ANTENA 3 en sus compromisos. Además, estas obligaciones, como señala la CNC, son prácticamente idénticas a las que tiene MEDIASET en el marco de la concentración TELECINCO/CUATRO.

Es cierto que en las dos operaciones de concentración se analizan los mismos mercados, precisando que los mayores problemas desde el punto de vista de la competencia surgen en el mercado de la publicidad televisiva. No obstante, en la operación de concentración de Telecinco y Cuatro, se adoptó con condiciones que imponían unas obligaciones más laxas que en el caso de Antena 3 y La Sexta.

En este sentido, la CNC ya declaró que la concentración entre Antena 3 y La Sexta era más problemática desde el punto de vista de la competencia y que, por lo tanto, era necesario imponerle a la operación unos compromisos más estrictos. En concreto, se destacó que Antena 3

notificó la operación de concentración casi dos años después de que se autorizó la concentración Telecinco/Cuatro por lo que las condiciones del mercado no eran iguales.

El nivel de concentración en el mercado televisivo aumentó, puesto que el número de oferentes principales pasó a ser dos (frente a cuatro cuando la CNC analizaba la operación Telecinco/Cuatro). Al respecto, se precisa que con la desaparición de La Sexta, se reduce considerablemente la presión competitiva en el mercado de la publicidad televisiva porque ya no queda ningún operador lo suficientemente competitivo como para ser una alternativa factible para los anunciantes. Así, la concentración Antena 3/La Sexta tendrá como consecuencia la creación de un duopolio, donde MEDIASET y Antena 3 disfrutarán de más de un 85% del mercado de publicidad televisiva en valor. Esto, en la opinión de la CNC puede favorecer una coordinación tacita entre ambos competidores.

Es más, se hace hincapié en que tras la operación de concentración, el poder de mercado de Antena 3 se verá tan reforzado que los anunciantes no podrán renunciar a contratar con ella la publicidad sin perjudicar la cobertura de sus campañas publicitarias, dañando así a los terceros operadores. El posible efecto anti-competitivo incrementa aún más si tenemos en cuenta las estrategias de empaquetamiento de la publicidad desarrolladas tanto por MEDIASET como por Antena 3, consistentes en que la publicidad de canal principal solo puede adquirirse conjuntamente con la de los canales más pequeños. Igualmente, el poder de mercado de Antena 3 y de MEDIASET podrá tener como consecuencia exclusión del mercado de otros operadores de televisión en abierto en cuanto a la adquisición de contenidos audiovisuales.

D) ¿Disconformidad con la normativa comunitaria?

La posibilidad de la intervención del Consejo de Ministros sobre la base de los artículos 60 y 10.4

de la LDC, en las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que han sido remitidos a España, ya sea mediante el artículo 4.4 ⁽⁸⁾ o artículo 9 del Reglamento comunitario, parece ser aún más problemática.

En primer lugar, procede analizar el artículo 9 del Reglamento comunitario. Dicho artículo atribuye a la Comisión Europea la potestad de remitir a las autoridades competentes de los Estados miembros una operación de concentración de dimensión comunitaria. Acorde con el apartado octavo, las medidas que puede tomar el Estado miembro respecto a la operación remitida, deben ser estrictamente necesarias para preservar o restablecer la competencia efectiva en el mercado en cuestión, excluyendo **a priori** la posibilidad del Estado miembro de que sus medidas se basen en los criterios ajenos a la defensa de la competencia, contrariamente a lo establecido en los artículos 60 y 10.4 de la LDC. Es necesario precisar que el artículo 9.8 es de igual aplicación en los supuestos de las operaciones remitidas mediante el artículo 4.4 del Reglamento ⁽⁹⁾.

Asimismo, el artículo 21 del Reglamento asigna a la Comisión Europea la competencia exclusiva para la aplicación de las normas establecidas en dicho Reglamento, resaltando la obligación de los Estados miembros de abstenerse de emplear sus derechos nacionales en materia de competencia en las concentraciones de dimensión comunitaria. Sin embargo, el artículo prevé también, en su apartado tercero, la posibilidad de que los Estados miembros adopten las medidas estrictamente necesarias cuando procede la remisión mediante el artículo 4.4 o el artículo 9 del Reglamento. El análisis del artículo 21 de igual forma concluye que la competencia de los Estados miembros en cuanto a la adopción de medidas se limita a intereses relativos a la defensa de la competencia, sin poder invocar intereses generales distintos a ella, como establece en cambio la ley española ⁽¹⁰⁾.

No obstante lo anterior, el apartado cuarto del artículo 21 del Reglamento dispone que los Estados miembros están legitimados a adoptar

medidas pertinentes en casos de concentraciones de dimensión comunitaria, con el fin de proteger sus intereses legítimos, distintos de los incluidos en el Reglamento, siempre cuando tales medidas sean necesarias, eficaces y proporcionales ⁽¹¹⁾.

Ahora bien, la protección de los intereses legítimos enumerados en el artículo 21.4 del Reglamento, a saber: (i) la seguridad pública; (ii) la pluralidad de los medios de comunicación; y (iii) las normas prudenciales; se entiende justificada automáticamente por lo que pueden invocarse dichos intereses por los Estados miembros sin tener que pasar por más trámites. Sin embargo, antes de que el Estado Miembro pueda adoptar medidas que se apoyen en otros intereses públicos a los que se hace una referencia explícita, el Reglamento exige que aquellos se notifiquen a la Comisión Europea ya que le corresponde a ella examinar su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del derecho con vistas a conceder una autorización.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es correcto concluir que la autorización para justificar la medida basada en el interés general distinto de los enumerados en el Reglamento la proporciona la Comisión Europea mediante una decisión **ad hoc**. Por lo tanto, el Consejo de Ministros estaría impedido de emplear tal interés general sin haber obtenido una autorización previa de la Comisión Europea. A este respecto, es interesante subrayar que la LDC española no incluye esa obligación de notificación a pesar de haberse mencionado su trascendencia en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la LDC ⁽¹²⁾.

Por ello, cabe resaltar aquí que en el acuerdo del CM sobre la operación de concentración que estamos examinando, **Antena 3/La Sexta**, se invocó la necesidad de proteger un interés general no enumerado explícitamente en el artículo 21.4 del Reglamento comunitario, por lo que el Consejo de Ministros estaba bajo la obligación de comunicarlo previamente a la Comisión Eu-

ropea para que aquélla pudiera examinar su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del derecho comunitario.

Por otro lado, es necesario matizar que las condiciones impuestas por los Estados miembros en los supuestos de las concentraciones de dimensión comunitaria pueden ser más onerosas pero no más permisivas ⁽¹³⁾. Debido a que lo mismo no se deduce de la ley española, la adopción por el Consejo de Ministros de unas condiciones más laxas en una operación de concentración de dimensión comunitaria, como es la de Antena 3 y La Sexta, añade más dudas respecto a la conformidad del dicho acuerdo con la normativa comunitaria.

4. Valoración crítica y conclusiones

Es evidente que la configuración y la estructura del espectro radioeléctrico resultan fundamentales para la consecución de objetivos de interés general distintos de la competencia, como puede ser, en el ámbito del sector audiovisual, el pluralismo informativo, y en el sector de las telecomunicaciones, su capacidad para generar efectos externos positivos a través de la innovación tecnológica.

Parece menos evidente que, en este caso concreto, la intervención del Consejo de Ministros en la operación se fundamente en la necesidad de proteger unos intereses generales que son perseguidos por la Administración desde la misma concesión de las licencias y que se ven afectados indirectamente por la imposición de condiciones asimétricas en un mercado relacionado, el mercado de la publicidad, fuente principal de ingresos de los licenciatarios.

En una columna de opinión de un diario ⁽¹⁴⁾ de difusión nacional, el que fuera —desde su creación, en 2007, y hasta hace pocos meses— Presidente de la CNC critica duramente la intervención del Gobierno en la concentración de Antena 3 y la Sexta. Especialmente se censura lo que hemos reflejado en estas páginas, el uso de la facultad de intervención del Gobierno por moti-

vos de interés general distintos de la defensa de la competencia prevista en los arts. 10 y 60 LDC.

Al margen de las consideraciones políticas —a las que no vamos a hacer referencia en este comentario, pese a que algún papel han jugado en este expediente—, es evidente que la reflexión que hace el Ex Presidente de la CNC viene al caso del debate que hemos introducido al comienzo, sobre la intervención de los gobiernos en la economía y su injerencia en las actuaciones empresariales de los operadores:

«La cuestión es si los argumentos por los que se ha producido la intervención del Gobierno tienen relación con la competencia o no. El análisis de lo conocido de su decisión permite asegurar que el Gobierno se ha metido de hoz y coz a regular las condiciones de competencia, asumiendo plenamente la postura de los notificantes y desautorizando totalmente a la CNC, y precisamente en cuestiones de competencia, en la medida en la que se ha permitido afirmar que los compromisos ofrecidos por A3, a diferencia de lo que el órgano especializado había considerado, resuelven los problemas de competencia que plantea la operación.»

En igual sentido se han pronunciado algunos académicos, que ya han analizado esta operación, afirmando ⁽¹⁵⁾:

«El tiempo, desgraciadamente, ha dado la razón a los que pensábamos que la intervención política en el procedimiento de control de concentraciones no es deseable por los riesgos de abuso. En cierto modo, creo que esta es una lección que debemos entender en su justa medida y tenerla en cuenta para la redacción de nuevas normas en materia de defensa de la competencia y, en general, en el ámbito de la regulación de la actividad económica. Porque el día menos pensado, se activarán ‘cláusulas durmientes’ como los arts 10 y 60 LDC (y hay muchas más esparcidas por una cada vez más compleja maraña

regulatoria) y no habrá quien cierre la caja de Pandora.»

Lo que está fuera de toda duda, y así lo ha señalado la doctrina ⁽¹⁶⁾ más reciente que se ha ocupado de estudiar esta facultad otorgada al Gobierno en virtud de la lista —que, recordemos, es orientativa, no exhaustiva— de criterios de «interés general» del artículo 10.4 LDC, es que esta valoración de la operación concreta que haga el Consejo de Ministros es de naturaleza propiamente discrecional, y por ello habrá de ponderar los criterios de interés general (en este caso, como hemos visto, el plan de liberalización del dividendo digital y el aseguramiento del pluralismo informativo) con los de naturaleza estrictamente jurídico-económica de defensa de la competencia (en este caso, conforme a la Resolución de la CNC, el riesgo de falseamiento de la competencia en una serie de mercados identificados en la operación de concentración).

Esta discrecionalidad no significa arbitrariedad, y por ello la decisión del CM debe estar motivada, y por ejemplo el propio artículo 10.4 LDC excluye que se revise la decisión de la CNC desde la perspectiva del impacto de la operación en el mantenimiento de una competencia efectiva. La decisión ha de adoptarse por criterios distintos, en atención a intereses y bienes jurídicos que no son la competencia, pero son también dignos de protección.

Esta ponderación de bienes o intereses jurídicos en conflicto se trata de una operación de aplicación del derecho que otorga a cada uno de ellos un peso específico, partiendo siempre de su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. De hecho, salvo la referencia genérica a los objetivos de regulación sectorial (precisamente los implicados en este expediente, telecomunicaciones, energía, sistema crediticio, etc.), el resto de intereses enumerados en el artículo 10.4 LDC tienen una clara raíz constitucional (defensa nacional, protección de la seguridad y la salud públicas, etc.).

En este punto, la evolución del debate parlamentario para la aprobación de la Ley 15/2007, así como su antecedente —al que se ha hecho referencia— del Libro Blanco sobre la reforma de la LDC, ilustran nuestra reflexión, ya que el ejemplo específico del «pluralismo informativo» como supuesto de posible criterio que facultaría al Gobierno para intervenir en operaciones de concentración fue suprimido, lo que nos lleva a pensar que el legislador no lo consideró como una justificación suficiente de interés general para justificar la intervención, sino que sería preciso un análisis y justificación específica del caso.

Por este motivo, y por lo «débil» —a la vez que alambicada y barroca ⁽¹⁷⁾— de la conexión argumental entre el plan de Liberalización del dividendo digital y la necesidad de que se fusionen dos operadores como Antena 3 y la Sexta en condiciones tan diferentes de las previstas por el órgano garante de la defensa de la competencia en España, la CNC, nos lleva a concluir que la intervención del Gobierno en esta operación de concentración ha sido desproporcionada, ha puesto de manifiesto lo arriesgado que es tener en nuestro ordenamiento una cláusula como la prevista en el artículo 10 LDC, y las condiciones con las que ha otorgado su autorización, apartándose de las propuestas por la CNC, ha llevado a un debilitamiento de la competencia efectiva en ese mercado.

.....

(1)

Vid., a este respecto, el interesante artículo de Christian Bergqvist, «Use and Abuse of Competition Law in Pursuit of the Single Market. Has Competition Law served as Regulation Subject to a Quasi Industrial Policy Agenda?», disponible en: <http://www.ssrn.com>.

(2)

Es conocido que la reforma de la legislación española de competencia se hizo mediante un ejemplar procedimiento de transparencia y consulta pública, plasmado en la publicación en enero de 2005 del *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, al que luego siguió la publicación del *Anteproyecto*

de *Ley de Defensa de la Competencia* en marzo de 2006. Ambos documentos contenían las propuestas de reforma de la Ley 16/1989, y muchas de las propuestas y sugerencias que se formularon a dichos textos se concretaron más adelante en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que fue a la postre presentado al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria en septiembre de 2006, así como en el texto legal finalmente aprobado, la actualmente vigente Ley 15/2007.

(3)

Por cierto que durante la tramitación parlamentaria de la Ley, el partido entonces en la oposición presentó una enmienda a esta facultad del Gobierno, proponiendo su supresión, por considerarlo una injerencia en la independencia del modelo de control de concentraciones.

(4)

Sánchez Graells, A., «La reforma del sistema español de defensa de la competencia. La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas», Instituto Universitario de Estudios Europeos, CEU San Pablo, Serie Política de la Competencia, *Documento de Trabajo* Número 21 / 2006.

(5)

El texto completo de la Resolución del Consejo de la CNC y del informe-propuesta de la Dirección de Investigación están disponibles en la página web de la CNC en www.cncompetencia.es.

(6)

El texto completo de la Resolución del Consejo de la CNC y del informe-propuesta de la Dirección de Investigación están disponibles en la página web de la CNC en www.cncompetencia.es.

(7)

Disponible en la web: www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ACM.pdf.

(8)

El artículo 4.4 es una de las novedades del Reglamento 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, que permite a las partes pedir, mediante un

escrito motivado, que la operación de concentración se examine total o parcialmente por un Estado miembro puesto que dicha concentración puede afectar de manera significativa a la competencia en el mercado de dicho Estado, que presenta todas las características de un mercado definido.

(9)

Miguel Odriozola, *Derecho Español de la competencia: Comentarios a la ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 (LA LEY 1644/2008) y Ley 1/2002*, Bosch, 2008, págs. 363-365.

(10)

Ibíd.

(11)

Notas sobre el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, Artículo 21(3). Las notas siguen siendo válidas para la interpretación del [artículo 21 \(LA LEY 2012/2004\)](http://www.boe.es/boe/Ley_2012_2004.html)(4) del Reglamento (CE) n.º 139/2004 puesto que las disposiciones en cuestión no se han modificado.

(12)

Expediente relativo al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia; véase el siguiente enlace: http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2006-1080.

(13)

EU Competition: Mergers and Acquisitions Law, Volume II, Claey&Casteels, 2006, pág. 142.

(14)

Luis Berenguer, «Por sus obras los conoceréis», *Diario El País*, 13 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2012/09/12/opinion/1347449014407002.html>.

(15)

Sánchez Graells, A., *La intervención del Gobierno en control de concentraciones: Se ha abierto la caja de Pan-*

dora, en <http://howtocrackanut.blogspot.co.uk/2012/09/la-intervencion-del-gobierno-en-control.html>.

(16)

Folguera Crespo, J. y Vidal Martínez, P., «Artículo 10: Criterios de valoración sustantiva», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas/Thomson Reuters, 3.ª ed. (Madrid, 2012), págs. 539 y ss.

(17)

En igual sentido, *vid.* el interesante post de Juan Santaló, «La monopolización como moneda de cambio: El Gobierno y la fusión entre Antena 3 y la Sexta», en el blog *Nada es gratis*, disponible en la web: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=24384>.

Más información

Diego Crespo

Diego.crespo@cms-asl.com