



FACULTAD DE DERECHO

NOVEDADES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Reflexiones sobre la intervención del Consejo de Ministros en la fusión
entre Antena 3 y La Sexta

Autor: Alejandro Royo Hernández
Tutor: Bruno Martín Baumeister

Madrid
Abril, 2014

RESUMEN

La fusión entre Antena 3 y La Sexta ha supuesto un antes y un después en materia de control de concentraciones en nuestro país. La razón es que ésta ha sido la primera operación en la que el Gobierno, haciendo uso de la potestad que le concede el artículo 60 de la actual Ley de Defensa de la Competencia, ha rebajado la severidad de las condiciones impuestas por la Comisión Nacional de la Competencia. Debido a la extraordinaria naturaleza de la operación, muchas han sido las críticas vertidas sobre la misma; críticas que, sumadas a los acontecimientos más recientes derivados de dicha concentración, nos hacen plantearnos varias cuestiones sobre el verdadero impacto del poder político en el procedimiento de control de concentraciones. Por todo ello, el objetivo de este trabajo es examinar la fusión entre Antena 3 y La Sexta, las reacciones que produjo, la valoración de los expertos, y los acontecimientos más recientes ligados a esta operación, con la intención de reflexionar sobre el actual modelo de control de concentraciones, y el efectivo papel que juega el Gobierno en el mismo.

PALABRAS CLAVE

Control de concentraciones

Derecho de la competencia

Fusión

Remisión

Antena 3 y La Sexta

Autorización con compromisos

Incumplimiento compromisos

Intervención Consejo de Ministros

Intereses distintos defensa competencia

Dividendo digital

Pluralismo informativo

ABSTRACT

The merge between Antena 3 and La Sexta has marked a before and an after in the field of merge control in our country. The reason is that this was the first operation in which the Government, using the authority granted by Article 60 of the current Spanish Competition Law, has lowered the severity of the conditions imposed by the Spanish Competition Authority. Due to the extraordinary nature of the operation, there have been many dissenting opinions about it; opinions that, in connection with the latest events related to the merge, make us propose several questions about the actual impact of the political power in merge control proceedings. To this respect, the aim of this paper is to examine the merge between Antena 3 and La Sexta, the reactions that it provoked, the evaluation done by the experts, and the latest events related to it, with the intention of meditate about the current model of merge control, and the effective role of the Government in it.

KEY WORDS

Merge control

Competition Law

Merge

Remission

Antena 3 and La Sexta

Authorization with conditions

Noncompliance of conditions

Government intervention

Interests different from protecting competence

Digital dividen

Informative pluralism

Índice

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	7
2.1. Evolución de la regulación del control de concentraciones	7
2.2. Marco regulatorio europeo.....	8
2.3. Marco regulatorio español.....	8
2.4. Concepto de concentración en la legislación europea	10
2.5. Concepto de concentración en la legislación nacional	11
2.6. Concentraciones de dimensión comunitaria y de dimensión nacional	11
2.7. Fases del procedimiento de control de concentraciones	13
2.8. Remisión de operaciones de concentración.....	14
2.9. Autorización de operaciones sujetas a compromisos y condiciones	15
2.10. Intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones.....	16
2.11. Facultades de intervención del Gobierno en materia de control de concentraciones en legislaciones de otros Estados Miembros	18
2.11.1. <i>Casos de Alemania y Portugal</i>	19
3. OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ENTRE ANTENA 3 Y LA SEXTA.....	21
3.1. Introducción.....	21
3.2. Contexto televisivo.....	21
3.3. Normativa sectorial del mercado televisivo	22
3.4. Operación de concentración entre Telecinco y Cuatro.....	23
3.5. Antena 3 y La Sexta. Análisis detallado de la operación	24
3.5.1. <i>Contexto</i>	24
3.5.2. <i>Tipo de operación de concentración</i>	25
3.5.3. <i>Inicio de la operación. Dimensión comunitaria y reenvío</i>	25
3.5.4. <i>Apertura de la segunda fase del procedimiento</i>	26
3.5.5. <i>Propuesta de compromisos por parte de Antena 3</i>	27
3.5.6. <i>Análisis de la Comisión Nacional de la Competencia</i>	27
3.5.7. <i>Diferencia de criterios entre la Comisión Nacional de Competencia y Antena 3</i>	29
3.5.8. <i>Elevación del Acuerdo al Consejo de Ministros</i>	31
3.5.9. <i>Motivación de la intervención del Consejo de Ministros</i>	32
3.5.10. <i>Acuerdo del Consejo de Ministros</i>	35
3.5.11. <i>Reacción de los anunciantes</i>	36
3.5.12. <i>Reacción del Grupo Intereconomía</i>	37
4. VALORACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS.....	38
5. CONCLUSIONES FINALES	41
6. BIBLIOGRAFÍA	45

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEA	Agencia Española de Anunciantes
CE	Comisión Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
FORTA	Federación de organismos o entidades de Radio y Televisión Autonómicos
GRP	<i>Gross Rating Points</i>
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LGCA	Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual
RTVE	Radio Televisión Española

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Competencia es una rama jurídica que está experimentando un rápido desarrollo en los últimos tiempos debido a la cada vez más relevante necesidad de proteger un sistema de libre competencia, con el objetivo de asegurar la efectiva consecución de un mercado único dentro de la Unión Europea.

El control de concentraciones es una de las cuatro ramas principales de esta disciplina, y su objetivo es establecer mecanismos de control para evitar los efectos perjudiciales a la libre competencia que pueden derivarse de procedimientos de concentración de sociedades.

Sin embargo, hay ciertos intereses nacionales que, en ocasiones muy puntuales, pueden ser invocados para permitir determinadas operaciones que potencialmente pueden generar obstáculos a la libre competencia. Por ello, es de vital importancia realizar un detallado análisis y ponderación de intereses en el ámbito de la defensa de la competencia con estos otros intereses. Y es en este juego entre la regla general y la excepción es en el que se mueve la operación que vamos a analizar.

Así, nuestro trabajo se centra esencialmente en el estudio de las consecuencias que puede generar la intervención del Gobierno español en materia de control de concentraciones, por intereses generales distintos de la defensa de la competencia. Para ello, desmenuzaremos la única operación de concentración en la cual el Gobierno ha hecho uso de esa facultad de intervención: la operación de concentración entre Antena 3 y La Sexta. Analizaremos en primer lugar qué se entiende por concentración económica, qué requisitos han de cumplirse para que entre en juego el derecho de la competencia, con qué procedimientos cuentan las autoridades para evitar posibles obstáculos a la libre competencia, cuándo y cómo puede intervenir el Gobierno en los mismos, cómo fue dicha intervención en la operación de Antena 3 y La Sexta, cuáles han sido las principales reacciones a la misma y, por último, qué consecuencias pueden derivarse de dicha concentración.

Con este objetivo, estudiaremos la normativa aplicable en materia de control de concentraciones, tanto a nivel nacional como a nivel europeo; examinaremos las investigaciones de prestigiosos juristas en materia de derecho de la competencia; interpretaremos los distintos comentarios y opiniones vertidos en relación a la operación entre Antena 3 y La Sexta; y detallaremos las noticias más actuales sobre la evolución de los distintos acontecimientos derivados de dicha operación.

Este análisis reviste gran importancia porque la concentración entre Antena 3 y La Sexta sienta un precedente en nuestro país, y plantea numerosas cuestiones en relación a cómo debe ser esa ponderación entre el principio europeo de la defensa del mercado único con otros intereses generales de carácter nacional.

En resumen, el objetivo principal de nuestro trabajo es, a través del análisis previamente detallado, poder valorar jurídicamente si la intervención del Consejo de Ministros en la operación de concentración fue acertada o si, de lo contrario, estamos ante un uso desmedido de una facultad residual del poder político que puede derivar en ulteriores intromisiones no deseables del Gobierno en procedimientos de control de concentraciones, generando más obstáculos de los que se pretenden evitar.

2. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

2.1. Evolución de la regulación del control de concentraciones

Tal y como expusimos en la introducción, el control de concentraciones es uno de los pilares fundamentales que componen el Derecho de la Competencia (junto con las ayudas de estado, el abuso de posición dominante y las conductas colusorias)¹.

La primera regulación en materia de control de concentraciones a nivel europeo data del Tratado de la CECA de 1951. Así, en su artículo 66, se preveía un sistema de control de

¹ESPER. M, (Coord), “La nueva ley de Defensa de la Competencia: Análisis y comentarios”, Editorial Bosch, 2009, Barcelona, p.190

concentraciones entre operadores del carbón y del acero². Sin embargo, no fue hasta la llegada del Reglamento (CEE) nº4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, cuando se dotó a la Comisión Europea de potestades para intervenir en las concentraciones de empresas a la luz de los artículos 81 y 82 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos 85 y 86 CEE)³.

2.2. Marco regulatorio europeo

Actualmente, la regulación del control de concentraciones viene determinada por el Reglamento (CE) nº139/2004, del Consejo de 20 de enero 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas (“Reglamento de Concentraciones”). Esta normativa se completa con el Reglamento de Ejecución (UE) Nº 1267/2013, de la Comisión de 5 de diciembre de 2013, (“Reglamento de Ejecución”), por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 802/2004, que desarrollaba el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Junto a estos Reglamentos, existe también una Comunicación Jurisdiccional consolidada de la Unión Europea relativa a los aspectos jurisdiccionales en el ámbito de las concentraciones que trata de clarificar diferentes aspectos en relación a las operaciones de concentración⁴.

2.3. Marco regulatorio español

En España, la regulación en materia de control de concentraciones está regida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”), junto con su reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero,

²ORTIZ BLANCO, L., “Manual de Derecho de la Competencia”, en A.A.V.V, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 279

³*Ibidem*

⁴ORTIZ BLANCO, L., *opc.cit* 2, p.280

cumpliendo con la obligación de adaptar al derecho europeo (exigida por el citado Reglamento (CE) nº139/2004⁵) la regulación del control de concentraciones.

La nueva regulación en materia de control de concentraciones que se recoge en la Ley de Defensa de la Competencia trata una serie de deficiencias que se venían produciendo fruto de la anterior regulación en esta materia, (sistema de control recogido en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y su normativa de desarrollo). Así, antes de 2007, era el Ministro de Economía, en un primer momento, y el Consejo de Ministros, en una segunda fase, quienes tenían la potestad de autorizar las concentraciones económicas en base a los criterios establecidos en la Ley de entonces. Ese era, por tanto, un proceso donde la intervención del Gobierno era capital y no residual⁶. Además, en virtud de la Ley 16/1989, la decisión del Gobierno en materia de concentraciones debía estar fundada exclusivamente en criterios de competencia⁷. Y es precisamente este sistema lo que trata de modificarse con la nueva Ley, con la intención de establecer un nuevo procedimiento donde sean las autoridades de defensa de la competencia quienes decidan sobre la autorización o no de concentraciones, y excepcionalmente se permita al Gobierno intervenir⁸ exclusivamente por motivos de interés general distintos de la defensa de la competencia⁹. Por tanto, la nueva Ley no sólo ha retirado la competencia al Consejo de Ministros de velar por la libre competencia, sino que se le ha vetado explícitamente esa facultad¹⁰.

La cláusula del artículo 60 de la LDC, que es la que otorga al Consejo de Ministros la posibilidad intervenir, fue ampliamente controvertida cuando se discutía en sede parlamentaria la aprobación de la Ley. Pese a la enmienda adoptada por el partido opositor del Gobierno en aquel entonces, el Partido Popular, que tenía por objetivo la eliminación de dicha potestad, por entender que suponía una injerencia del Gobierno en

⁵ESPER, M., (Coord), *op.cit* 1, p.192

⁶*Ibid.* 191

⁷BARRANTES DÍAZ, B., “La invocación de intereses generales en procedimientos nacionales de control de concentraciones. La intervención del Consejo de Ministros a la luz de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº11, Sección Artículos, Septiembre – Octubre 2009, p.10

⁸ESPER. M, (Coord), *op.cit* 1, p.193

⁹BARRANTES DÍAZ, B., *op.cit* 7

¹⁰TRILLO TORRES, R., “Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/ 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 1, Sección Artículos, Enero – Febrero 2008, p.89

el modelo de control de concentraciones¹¹, ésta finalmente se mantuvo en la Ley, si bien con un carácter residual y excepcional¹². Sobre este carácter de la cláusula de intervención del Gobierno volveremos más adelante.

2.4. Concepto de concentración en la legislación europea

En el ámbito europeo, el Reglamento de Concentraciones define en su artículo 3.1 el concepto de concentración económica. Así, se entiende que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

Lo primero que hay que resaltar es que la definición de concentración se refiere tanto a fusiones jurídicas como a fusiones económicas o *de facto* (es decir, cuando aun manteniendo personalidades jurídicas separadas y diferenciadas, ambas entidades actúan como una única unidad económica¹³). Esto significa que la definición de concentración, a la luz de la regulación del Reglamento de Concentraciones, tiene un alcance amplio y no estrictamente jurídico.

En segundo lugar, el concepto de concentración va estrechamente vinculado a la noción de control, que se define en los artículos 3.2¹⁴ y 3.3¹⁵ del Reglamento de

¹¹DÍEZ ESTELLA, F., CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., “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” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº31, Sección Artículos, Enero - Febrero 2013, p.14

¹²*Ibidem*

¹³ORTIZ BLANCO, L., *op.cit* 2, p.287

¹⁴Este artículo dispone lo siguiente: ”El control resultará de los derechos, contratos y otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos

Concentraciones. Además, se exige que el cambio de control sea de carácter duradero y no meramente temporal o circunstancial. La jurisprudencia ha venido matizando qué se entiende por control duradero en numerosos asuntos¹⁶, concluyendo que se puede considerar como concentración a efectos del reglamento un cambio de control con un periodo mínimo de 8 años¹⁷.

Por último, el punto 5 del artículo 3 recoge una serie de supuestos que no serán considerados concentración económica a efectos del Reglamento de Concentraciones¹⁸.

2.5. Concepto de concentración en la legislación nacional

En España, la LDC recoge un concepto de concentración económica prácticamente idéntico al estipulado en el Reglamento de Concentraciones¹⁹, dotando de igual relevancia a la idea de “cambio permanente de control”. A pesar de que no se estipula un número concreto de años a partir de los cuales la toma de control se entiende permanente, sí es cierto que se requiere un periodo de tiempo suficiente para que se produzca un cambio en la estructura de competencia del mercado en cuestión²⁰.

2.6. Concentraciones de dimensión comunitaria y de dimensión nacional

que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”

¹⁵Este artículo recoge: “Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas: a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos”

¹⁶En el caso Lehman Borthoers/Starwood/Le Meridien (Decisión de la comisión de 20 de julio de 2005 (M.2385) la Comisión consideró suficiente un periodo mínimo de entre 10 y 15 años, pero no un periodo de 3 años. En el caso DaimierChrysler/DeutscheTelekim/JV se consideró suficiente un periodo de 12 años

¹⁷Decisión de la Comisión de 11 de febrero de 2002, asunto Deutsche Bahn/ECT International/united Depots/JC (m. 2632)

¹⁸Por ejemplo: “b) cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativo a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores y otro procedimiento análogo”.

¹⁹Artículo 7 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007)

²⁰FOLGUERA. J., VIDAL, P., “Artículo 7. Definición de concentración económica, en Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia”, en A.A.V.V., Editorial Civitas, 2008, Madrid, pp.290-291

Antes de desarrollar profundamente algunos de los aspectos más característicos contemplados en la concentración de Antena 3 y La Sexta, es necesario hacer referencia a la distinción entre operación de concentración con dimensión comunitaria y aquella que no lo es. La regla general en esta materia es que la normativa nacional de concentraciones solamente podrá aplicarse a las operaciones de concentración que no posean dimensión comunitaria²¹.

El artículo 1 del Reglamento de Concentraciones establece los umbrales a partir de los cuales se considera que una operación de concentración tiene dimensión europea. Así, el apartado 1 del artículo 1 establece que una concentración:

Tendrá dimensión comunitaria cuando (i) el volumen de negocios total a escala mundial del conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros, y (ii) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo establece lo siguiente:

Una concentración (...) tendrá también dimensión comunitaria la concentración que, aun no alcanzando los citados umbrales (i) presente un volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas superior a 2.500 millones de euros; (ii) que, en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de los Estados miembros; (iii) que en al menos tres de los mencionados Estados miembros, el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos estados miembros; y (iv) que el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Unión en un mismo Estado Miembro.

Si una concentración económica no puede incardinarse en ninguno de los apartados anteriores, habrá que analizar si cumple con los umbrales de la Ley nacional (en nuestro caso, la LDC), para determinar si debe someterse o no al control de las autoridades de competencia. Dicha regulación se encuentra en el artículo 8 de la LDC, que recoge lo siguiente:

El procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones

²¹ Artículo 23 del Reglamento de Concentraciones

económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

a) Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

2.7. Fases del procedimiento de control de concentraciones

Una vez analizado qué es una concentración económica bajo la perspectiva del Derecho de la Competencia, y cuándo estamos ante una concentración de dimensión europea o nacional, podemos pasar a examinar los caracteres más relevantes del procedimiento de control de concentraciones en España, puesto que es el que se sustancia en el caso de Antena 3 y La Sexta.

El proceso de control de concentraciones consta de dos fases. En la primera fase, que durará un máximo de un mes, se analizarán y aprobarán por las autoridades de competencia (en nuestro caso, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –la CNMC-, que sustituye a la Comisión Nacional de la Competencia –antigua CNC²²-) las operaciones que no planteen problemas de competencia. Si por el contrario se estima que dicha concentración puede generar obstáculos a la libre competencia y, por ello, ser contraria a derecho, se abrirá una segunda fase de análisis. En esta segunda fase se realizará un examen más detallado de la operación, con participación de terceros interesados, con el fin de que la CMNC adopte la resolución final.

²²La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE nº 134, de 5 de junio de 2013), crea la CNMC en sustitución de la CNC

Por último, es necesario citar lo que algunos autores llaman “la tercera fase”, título con el que se refieren a la posible intervención del Gobierno en las operaciones de concentración²³. El análisis de esta tercera fase, así como su aplicación práctica en la operación objeto de estudio de este trabajo será ampliamente desarrollado en posteriores epígrafes.

2.8. Remisión de operaciones de concentración

Existe una figura jurídica, conocida con el nombre de remisión, que posibilita que una operación con dimensión comunitaria sea estudiada por las autoridades de competencia de un Estado miembro en vez de por la Comisión Europea.

El artículo 4.4 del Reglamento de Concentraciones (también conocida como “la cláusula alemana”²⁴) otorga la posibilidad a las partes de la concentración de dimensión comunitaria de presentar un escrito a la CE, alegando que dicha concentración afectará significativamente al mercado de un Estado Miembro. Este escrito deberá ser presentado por las partes antes de la notificación perceptiva de la Comisión. Tras recibir el escrito motivado, la Comisión deberá transmitirlo a los demás Estado Miembros. El Estado Miembro al cual se pretender remitir el asunto gozará de 15 días para manifestar su acuerdo o desacuerdo en relación a la solicitud de remisión.

A menos que dicho Estado Miembro manifieste su desacuerdo, la Comisión tiene 25 días laborables desde la recepción del escrito motivado para emitir la decisión de proceder o no a la remisión del asunto. Si la Comisión guardase silencio en ese plazo de 25 días, se entenderá éste como positivo, remitiendo por tanto el asunto al Estado en cuestión²⁵.

²³MARCOS, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., “El control de concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”, en A.A.V.V., Editorial LA LEY, 2008, Madrid, p.133

²⁴ORTIZ BLANCO, L., *op.cit* 2, p.298

²⁵Comunicación 2005/C56/02 de la Comisión Europea sobre la remisión de asuntos de concentraciones (DOUE de 5 de marzo de 2005)

En el caso que estamos analizando, fue gracias a la posibilidad que brinda esta cláusula que la operación de adquisición de La Sexta por parte de Antena 3 se sustanciara ante la CNC y no ante la CE.

2.9. Autorización de operaciones sujetas a compromisos y condiciones

Nuestra actual Ley de Defensa de la Competencia brinda la posibilidad al órgano de control de la competencia español (actualmente, la CNMC) y, en su caso, al Consejo de Ministros, a aprobar concentraciones que amenazan con poner en peligro u obstaculizar la libre competencia en el mercado, siempre y cuando las partes de la operación se comprometan a cumplir una serie de compromisos o condiciones²⁶.

Esta posibilidad es una novedad incluida por la LDC, ya que su predecesora, la Ley de 1989, no contemplaba este supuesto.

En primer lugar, es necesario distinguir entre compromisos y condiciones. Mientras que los compromisos son propuestos por las partes objeto de la concentración a los órganos de control, buscando su aceptación para poder llevar adelante la concentración, las condiciones son obligaciones impuestas unilateralmente por dichos órganos.

A su vez, estos compromisos/condiciones pueden agruparse en dos tipos. En primer lugar, están aquéllos de carácter estructural: desinversiones, delimitación de relaciones accionariales o estructurales con tercero o cesión de determinados activos, venta de activos a un comprador viable, entre otros²⁷. En segundo lugar encontramos otro grupo de compromisos, que pueden calificarse como compromisos de conducta o comportamiento. A diferencia de los primeros, éstos incluyen obligaciones de dirección separada en determinados activos del grupo, el cambio de relaciones contractuales actuales o futuras, o facilitar el acceso de otros operadores a infraestructuras que se consideran esenciales, entre otros²⁸.

²⁶FOLGUERA. J., VIDAL, P., *op.cit* 20, p.394

²⁷ESPER. M, (Coord), *op.cit* 1, p.331

²⁸*Ibidem*

La diferencia entre condicionar una concentración al cumplimiento de uno u otro tipo de compromisos es muy relevante. La principal razón de ello es que los compromisos estructurales suponen una intervención más directa y trascendental en la concentración, así como en la propia gestión y estructura empresarial de la(s) empresa(s) de la concentración. A través de este tipo de compromisos es más probable que se compensen los posibles efectos perjudiciales para la libre competencia que la concentración pueda acarrear. Sin embargo, los compromisos de conducta, al ser meras promesas de cumplimiento y no cambios efectivos en la estructura empresarial, tienen un mayor riesgo de ser incumplidos, dando lugar a una quiebra de la libre competencia. Además, este tipo de compromisos requiere de una vigilancia constante por parte de las autoridades de competencia para garantizar su efectivo cumplimiento; labor que, quizás, pueda llegar a ser demasiado costosa (o poco efectiva, si no se disponen de los medios adecuados), dando lugar, de nuevo, al fracaso de los resultados pretendidos con la imposición de los compromisos. Por todos estos motivos, la jurisprudencia europea estima que los compromisos de naturaleza estructural son, en general, preferibles para cumplir los objetivos del Reglamento de Concentraciones²⁹, siendo esta opinión compartida por numerosos autores³⁰. Sobre este razonamiento profundizaremos en las conclusiones finales de nuestro trabajo.

2.10. Intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones

Ahora analizaremos propiamente aquello objeto de discusión de este trabajo, que son las operaciones autorizadas por resolución del Consejo de Ministros. Esta posibilidad está recogida en el artículo 60 de la LDC, en relación con el artículo 10.4; y nos hemos referido a ella como “la tercera fase”.

En esta fase corresponde al Consejo de Ministros valorar políticamente la operación de concentración que haya sido (i) prohibida, o (ii) sometida al cumplimiento de determinados compromisos o condiciones (apartado 1 del artículo 60 de la LDC). Una vez valorada, el

²⁹Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº802/2004 de la Comisión

³⁰ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas de las soluciones: compromisos en el control de concentraciones”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº1, Sección Estudios, Julio – Diciembre 2007, p.11

Consejo adoptará, de un modo discrecional³¹, una decisión sobre la misma, ya sea confirmando la resolución de la CNC o, por el contrario, autorizando la concentración, con o sin compromisos (apartado 3 del artículo 60 de la LDC). Este momento del procedimiento de control de concentraciones se caracteriza, entre otras cosas, por no aportar nueva información al expediente administrativo y por ser aquélla en la que las partes afectadas tienen muy pocas posibilidades de participación³².

La tercera fase consta a su vez de dos etapas. En un primer momento, el Ministro de Economía y Hacienda, por motivos de interés general, puede elevar al Consejo de Ministros la decisión de prohibición o de aprobación sujeto a condiciones que hubiese recaído sobre la operación de concentración examinada³³.

En una segunda etapa, el Consejo de Ministros podrá, o bien confirmar la resolución que hubiese dictado la CNMC, o bien acordar autorizar la concentración (con o sin condiciones), en cuyo caso deberá motivar suficientemente dicha autorización basando sus argumentos en cuestiones de interés general distintas de la defensa de la competencia³⁴. La Ley recoge una lista no exhaustiva de criterios que pueden ser interpretadas por el Gobierno como “interés general” y por tanto, pueden justificar su intervención en una operación de concertación. Estos criterios son: la defensa y seguridad nacional, la protección de la seguridad o salud públicas, la libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, la protección del medio ambiente, la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos o la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial³⁵.

Ahora bien, sólo en base a estos criterios (distintos de la defensa de la libre competencia) podrá el Consejo de Ministros autorizar (tanto con condiciones o sin ellas) concentraciones económicas susceptibles de obstaculizar la libre competencia. No podrá el Consejo de Ministros dictaminar que la CNMC no ha valorado correctamente el impacto de la concentración en el mercado³⁶. Es decir, no puede hacer un análisis

³¹MARCOS, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *op.cit* 23, p.133

³²*Ibid.* 134

³³*Ibidem*

³⁴*Ibid.* 135

³⁵Artículo 10.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 04/07/2007).

³⁶FOLGUERA, J., VIDAL, P., *op.cit* 20, p.408

paralelo en materia de defensa de la competencia porque la Ley no le otorga facultades al respecto. Cabe añadir, por último, que la decisión de autorización de concentraciones por motivos de interés general distintos a la defensa de la competencia es recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo³⁷.

Es interesante ver cómo se ha mantenido, si bien en casos excepcionales, la intervención del Gobierno en relación al control de operaciones económicas. Retomando una idea ya expuesta anteriormente, de la intención de la reforma que se introdujo con la LDC se desprende la clara voluntad de garantizar la independencia de los órganos encargados del control de la libre competencia, basando sus decisiones en estrictos criterios económicos y no políticos. Sin embargo, se mantuvo una “puerta abierta” al Gobierno, quien, a través de esta cláusula, puede tener un carácter decisivo en materia de concentraciones. Precisamente por su carácter “contrario” al espíritu de la reforma de la ley, entienden numerosos autores que su uso debe ser residual y excepcional³⁸. Más adelante analizaremos si esa condición de excepcionalidad se aprecia o no en la operación que nos ocupa.

2.11. Facultades de intervención del Gobierno en materia de control de concentraciones en legislaciones de otros Estados Miembros

Es necesario señalar que este tipo de disposiciones que otorgan al Gobierno de un Estado el poder de autorizar una concentración alegando motivos distintos del derecho de la competencia no es exclusiva del sistema español³⁹.

Así, podemos encontrar cláusulas similares en otros ordenamientos de Estados Miembros de la Unión, algunas de las cuales facultan al Gobierno a vetar determinado tipo de operaciones de concentración en defensa del interés público del Estado (véase Italia, por ejemplo)⁴⁰ mientras que otras, al igual que en España, otorgan al Gobierno la

³⁷BROKELMANN, H., “La reforma del régimen de control de concentraciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº1, Sección Artículos, Enero – Febrero 2008, p.19

³⁸Véase el epígrafe 4: “Valoraciones de la intervención del Consejo de Ministros”

³⁹BARRANTES DÍAZ, B., *op.cit* 7, p.1

⁴⁰*Ibid.* 7

potestad de autorizar concentraciones por motivos distintos a la defensa de la competencia.

Los casos más claros de este último supuesto los encontramos en las legislaciones de Bélgica, Grecia, Países Bajos, Irlanda, Alemania y Portugal.

Así, en Bélgica, el Consejo de Ministros está facultado para autorizar una concentración que, o bien ha sido directamente prohibida por la autoridad de competencia, o bien se ha autorizado bajo condiciones consideradas especialmente gravosas, siempre y cuando los motivos de orden público de alguna manera compensen los perjuicios a la libre competencia que puedan generarse de dicha concentración⁴¹.

Por su parte, en Grecia, los Ministros de Economía y Desarrollo tienen potestad para autorizar concentraciones si se entiende que dicha concentración generará efectos positivos que sobrepasen y compensen las posibles consecuencias negativas para la competencia derivadas de la concentración, o si se considera que la concentración es necesaria para el bienestar social general de la sociedad griega.⁴²

En los Países Bajos, existe una cláusula que permite apelar ante el Ministro de Economía las resoluciones de la autoridad de competencia que no autoricen una determinada concentración económica, teniendo éste el poder de revocar dicha prohibición, siempre y cuando entienda que los efectos positivos de la concentración superan las consecuencias negativas derivadas de la restricción de la competencia.⁴³

Por otra parte, la legislación de Irlanda en materia de control de concentraciones prevé la posibilidad de que el gobierno permita concentraciones económicas para mantener la estabilidad financiera del país⁴⁴.

2.11.1. Casos de Alemania y Portugal

⁴¹*Ibid.* 5

⁴²*Ibid.* 6

⁴³*Ibid.* 7

⁴⁴FOUNTOUKAKOS, K., HERRON, M., “Merges and joint ventures, an overview of EU and national case law”, en *E-competitions*, n°420270, p.3

Como podemos observar, la posibilidad de intervención del Gobierno en la autorización de concentraciones no es extraña. Lo que es menos frecuente es su aplicación efectiva. Ninguno de los Gobiernos de los Estados mencionados ha aplicado esta facultad.

Sin embargo, tanto en Alemania como en Portugal (casos que ahora analizaremos), que también contemplan una cláusula de similares características, ya han hecho uso de la misma. Empecemos ahora analizando el caso de Alemania para pasar después al de Portugal.

En la legislación Alemana, similar a la de los Países Bajos, cabe apelar las decisiones de la autoridad de competencia ante el Ministro Federal de Economía, el cual se encuentra facultado para autorizar concentraciones que, pese a ser contrarias a la libre competencia, requieran llevarse a cabo por motivos imperiosos de interés público⁴⁵. Esta facultad fue aplicada en el caso de la concentración entre E.ON/Ruhrgas⁴⁶.

Por la mencionada concentración, E.ON, principal empresa eléctrica del país, adquirió el 60% de Ruhrgas, convirtiendo a la sociedad derivada de la concentración en la mayor empresa energética de Europa. La autoridad de competencia de Alemania prohibió la concentración al entender que la misma provocaría graves obstáculos a la libre competencia en Alemania, tanto en el mercado del gas como en el de la electricidad. En este contexto, dicha prohibición fue apelada ante el Ministro Federal de Economía, quien finalmente decidió autorizar (con condiciones) la operación, al entender que estaba en juego el aseguramiento del suministro de gas en Alemania, interés que se superpuso a los potenciales obstáculos a la libre competencia derivados de la concentración.

Pasemos ahora a analizar el caso de Portugal.

Al igual que en las legislaciones de los países previamente citados, también en Portugal la Ley permite al Gobierno intervenir en la decisión de autorización de concentraciones por motivos distintos de la competencia (más concretamente, por intereses

⁴⁵BARRANTES DÍAZ, B., *op.cit* 7, p.4

⁴⁶*Ibidem*

fundamentales de la economía nacional)⁴⁷. Así, el Ministro de Economía tiene la facultad de revocar la prohibición de concentración adoptada por la autoridad de competencia si ante ésta se interpone recurso extraordinario. El único caso en el que se ha llevado a cabo este procedimiento fue en el asunto BRISA/AEO/AEA, por el que las principales concesionarias de autopistas se fusionaron. Dicha operación fue rechazada por la autoridad de competencia porque se reforzada una posición de dominio que potencialmente podría generar obstáculos a la libre competencia. Sin embargo, se interpuso recurso extraordinario contra la misma y finalmente el Ministro de Economía autorizó la operación con condiciones⁴⁸.

En conclusión, en esta primera parte de nuestra investigación hemos querido dotar al lector con un esquema general sobre la regulación y funcionamiento del control de concentraciones en Europa y España, para que sea más sencilla la comprensión de la operación vamos a analizar y el porqué del debate suscitado entorno a la misma.

3. OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ENTRE ANTENA 3 Y LA SEXTA

3.1. Introducción

Antes de entrar en detalle con la operación entre Antena 3 y la Sexta, se presenta necesario realizar un análisis de tres elementos: en primer lugar, el contexto del sector televisivo de estos últimos años; en segundo lugar, la normativa básica del sector audiovisual; y, en tercer lugar, la operación de concentración entre Telecinco y Cuatro.

3.2. Contexto televisivo

El mercado de operadores de televisión en abierto esta íntegramente relacionado con otros mercados y, en especial, con el mercado de la publicidad en televisión, ya que es

⁴⁷*Ibid.* 7

⁴⁸*Ibid.* 8

justamente por la vía de la venta de espacios publicitarios por la que los operadores televisión adquieren el grueso de su financiación.

Dicho esto, durante los últimos años, se han venido produciendo una serie de cambios de gran importancia en el panorama televisivo español. En primer lugar, destaca la decisión de no emitir publicidad de RTVE, cuya consecuencia inmediata fue la reducción del número de competidores en el mercado de oferta de espacios publicitarios en televisión. En segundo lugar, destaca también el cambio que se produjo a raíz de lo que comúnmente se conoce como “apagón analógico”. Debido a este cambio, se redujo el número de operadores de televisión a siete⁴⁹. Por ello, aunque la oferta de canales fuese mayor que en la “época analógica”, el número de operadores que controlaban los canales se redujo, originando *de facto* una mayor concentración en el sector.

3.3. Normativa sectorial del mercado televisivo

En relación a la normativa específica aplicable al sector televisivo, debemos destacar la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (“LGCA”) por la cual se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007. Esta nueva Ley vino a constituirse como la norma básica del sector audiovisual⁵⁰. En materia de concentraciones, el artículo 36 “reconoce el derecho a poseer participaciones significativas en varios prestadores de servicios estatales de comunicación, pero se limita ese derecho si en el momento de la fusión o compra de acciones se acumula más del 27 % de la audiencia”. Por tanto, la normativa permite la participación recíproca entre los propios operadores de televisión, así como las fusiones entre ellos, siempre y cuando no superen el 27% de audiencia, límite que trata de garantizar objetivos consagrados en la Ley como pueden ser la prestación competitiva de los servicios o el pluralismo televisivo.

⁴⁹DÍAZ-GONZALEZ, M.J., QUINTAS FROUFE, N., “La absorción de La Sexta por Antena 3 de Televisión y sus efectos en el pluralismo externo del sistema televisivo español”, en *Observatorio (OBS) Journal*, vol.7, nº 4, 2013, p.66

⁵⁰BARRANTES DÍAZ, B., LATORRE ZANÓN, A., “Concentraciones y sector audiovisual: las operaciones Telecinco/Cuatro y Digital +” en *Anuario Mercantil para Abogados 2011*, edición nº1, Editorial LALEY, Madrid, mayo 2011, p.5

Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta regulación sectorial no afecta ni condiciona la aplicación del derecho de la competencia, al tratarse de dos campos jurídicos independientes.

3.4. Operación de concentración entre Telecinco y Cuatro

Es en el contexto previamente expuesto en el que tuvo lugar el antecedente a la concentración entre Antena 3 y La Sexta: la fusión entre Telecinco y Cuatro⁵¹.

El 28 de octubre de 2010 se produjo, por resolución de la CNC, el acuerdo que autorizaba la toma de control por parte de Gestevisión Telecinco S.A. (Telecinco) de Sociedad General de Televisión Cuatro S.A.U. (Cuatro), a través de una compraventa del 100% de su capital social⁵². Al fusionarse dos operadoras de suma importancia en el mercado televisivo español, la CNC identificó posibles efectos restrictivos unilaterales y riesgos de efectos coordinados entre los operadores principales del sector, sólo mitigables si las partes asumían una serie de compromisos⁵³. Por ello, finalmente se autorizó la concentración subordinada al cumplimiento de una lista de compromisos propuestos por Telecinco, que la CNC entendió suficientes para paliar los posibles obstáculos a la libre competencia que podría derivarse de esta operación de concentración⁵⁴.

Al igual que la concentración entre Antena 3 y la Sexta, como veremos, la concentración de Telecinco y Cuatro fue remitida por la Comisión Europea a España.

Los compromisos asumidos por Telecinco/Cuatro se referían tanto al mercado de la publicidad como al mercado de televisión en abierto. Este conjunto de compromisos puede clasificarse en 5 subgrupos, a saber: sobre la publicidad televisiva, sobre la

⁵¹Expte C-0230/10 Telecinco/Cuatro

⁵²DÍEZ ESTELLA, F., CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., “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” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº31, Sección Artículos, Enero - Febrero 2013, p.4

⁵³BARRANTES DÍAZ, B., LATORRE ZANÓN, A., *op.cit* 50

⁵⁴DÍEZ ESTELLA, F., CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., *op.cit* 52

adquisición de contenidos audiovisuales, sobre la televisión en abierto, sobre las obligaciones de presentación periódica de información, y sobre el plazo de vigencia de las propias condiciones. La CNC buscaba evitar que la nueva posición del operador económico nacido de la fusión entre Telecinco y Cuatro (Mediaset España) adquiriese tal poder de negociación frente al resto de operadores de televisión y frente a los anunciantes, que pudiese llevar a cabo prácticas contrarias a la libre competencia.

Tras esta operación, el mercado televisivo iba a verse aún más concentrado, ya que dos de los mayores operadores televisivos pasaban a formar un solo grupo. Este elemento es vital para comprender por qué la CNC, en el expediente de Antena 3 y La Sexta, siendo una operación de similares características, decide imponer unas condiciones más estrictas.

3.5. Antena 3 y La Sexta. Análisis detallado de la operación

3.5.1. Contexto

Para comenzar el análisis de esta operación de concentración, es necesario situarnos en el nuevo contexto televisivo español.

Así, cuando Antena 3 notifica a la CNC el 30 de diciembre de 2011 la operación de concentración por la cual adquiriría el control exclusivo de la Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A, mediante compraventa del 100% de su capital social⁵⁵, el panorama distaba mucho de ser el mismo que en el caso de la concentración de Telecinco y Cuatro.

En primer lugar, en aquellas fechas España estaba sumida plenamente en la crisis económica actual en la que todavía nos encontramos. Uno de los sectores más afectados era precisamente el de la publicidad televisiva, con una caída de la inversión del 40%.

⁵⁵Expte. C-0432/12, Antena 3/La Sexta, Antecedente de hecho 1

Además de este hecho, lo más destacable era que el número de oferentes principales en el marco de los espacios de publicidad televisivos se había visto reducido tras la autorización de la operación de Telecinco y Cuatro.

Pues bien, en esta situación es en la que se llevó a cabo todo el proceso, largo y complejo, por el que se produjo finalmente la autorización de la concentración ente Antena 3 y La Sexta.

Ahora pasaremos a detallar pormenorizadamente el desarrollo de la operación, desde su inicio hasta la resolución del Consejo de Ministros.

3.5.2. Tipo de operación de concentración

La operación por la cual Antena 3 adquiere el control de La Sexta se detalla en la Comunicación que Antena 3 remite a la CNMV con motivo de esta fusión⁵⁶. La concentración consistía en la fusión por absorción de La Sexta por parte de Antena 3, con la consiguiente extinción de la persona jurídica de La Sexta. A cambio, los accionistas de La Sexta recibirían 15.802.296 acciones de Antena 3 (representativas del 7% de su Capital Social). Para proceder a este canje, Antena 3 aumentaría su capital a través de una emisión de 14.620.000 nuevas acciones, aportando el resto de las acciones propias que tuviese en autocartera. Además, siempre que se cumpliesen una serie de objetivos en los ejercicios de 2012 a 2016, los accionistas de La Sexta adquirirían otra aportación de hasta 15.818.704 acciones de Antena 3 (también representativas el 7% del Capital Social). Esta operación quedaría sujeta a la aprobación de las autoridades de competencia.

3.5.3. Inicio de la operación. Dimensión comunitaria y reenvío

⁵⁶Comunicación de Hecho Relevante, 14 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.atresmediacorporacion.com/a3document/2012/05/09/DOCUMENTS/00037/00037.pdf>

Tras la notificación de la operación a la CNC, ésta, a través de su Dirección de Investigación, envió el día 6 de febrero una notificación a la Comisión Europea para que analizase si tenía o no dimensión europea⁵⁷. La Comisión concluyó que, efectivamente, la dimensión de la operación era europea y, por tanto, era ésta quien debía conocer de la misma⁵⁸.

Sin embargo, Antena 3 solicitó, el día 2 de marzo de 2012, y amparándose en el artículo 4.4 del Reglamento de Concentraciones, la remisión del asunto a las autoridades españolas⁵⁹. Finalmente, la Comisión aceptó la solicitud de remisión a España el día 14 de marzo de 2012⁶⁰. Es importante retener este punto, ya que nos encontramos ante una operación que, en principio, debió de ser analizada por la Comisión pero que, sin embargo, fue examinada por la CNC y, en última instancia, por el Consejo de Ministros. Esto quiere decir que el Consejo de Ministros autorizó una concentración de dimensión comunitaria. Sobre esta reflexión tendremos ocasión de pronunciarnos más adelante.

3.5.4. Apertura de la segunda fase del procedimiento

Una vez remitida a España, y tras la conclusión de la primera fase de análisis de la operación, se decidió abrir una segunda fase, por considerar que la concentración podría generar limitaciones a la libre competencia⁶¹. Más concretamente, la CNC consideraba que:

La concentración afecta a los distintos mercados verticalmente relacionados con la televisión en abierto en los cuales Antena 3 y La Sexta están presentes [...]: Mercados de producción de contenidos audiovisuales; de comercialización de contenidos; de edición, de comercialización y distribución de canales de televisión; de televisión en abierto y de publicidad en televisión⁶².

Durante el proceso, se personaron un gran número de sujetos interesados: la Asociación Española de Anunciantes (AEA), la Red de Medios comunitarios, la Federación de

⁵⁷Expte. C-0432/12, Antena 3/La Sexta, antecedente de hecho 5

⁵⁸*Ibid.* antecedente de hecho 6

⁵⁹*Ibid.* antecedente de hecho 8

⁶⁰*Ibid.* antecedente de hecho 11

⁶¹*Ibid.* punto 15

⁶²DÍAZ-GONZALEZ, M.J., QUINTAS FROUFE, N., *op.cit* 49 p.68

organismos o entidades de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA), Mediaset España⁶³, Intereconomía *Corporation* y la Sociedad Gestora de Televisión Net Tv⁶⁴. Especial atención hay que verter sobre la AEA e Intereconomía, puesto que en los momentos posteriores a la autorización de la concentración interpusieron acciones legales contra la resolución del Consejo de Ministros.

3.5.5. Propuesta de compromisos por parte de Antena 3

Por su parte, Antena 3, durante el trámite del expediente de la operación, presentó ante la Dirección de Investigación hasta tres propuestas de compromisos que estaba dispuesto a asumir para garantizar la libre competencia⁶⁵. La Dirección de Investigación, en las tres ocasiones, no aceptó los compromisos de Antena 3 al considerarlos insuficientes. El contenido de estos compromisos era prácticamente idéntico a los presentados y aceptados por la CNC en el caso de Telecinco/ Cuatro.

3.5.6. Análisis de la Comisión Nacional de la Competencia

La CNC, en el examen de la fusión entre Antena 3 y La Sexta, estimó que las condiciones de mercado y el contexto económico de la operación no podían equipararse a los que existían en la operación Telecinco/Cuatro y, en virtud de eso, los compromisos no podían ser los mismos.

En primer lugar, la CNC estableció que Antena 3 y La Sexta operaban en varios mercados relevantes: el mercado de producción y comercialización de contenidos audiovisuales, en el mercado de distribución de canales y televisión en abierto y en el mercado de publicidad televisiva. Valorando la operación, la CNC estimó que se producirían al menos tres efectos negativos principalmente en el mercado de la

⁶³Grupo del que forman parte Telecinco y Cuatro

⁶⁴Expte. C-0432/12, Antena 3/La Sexta, Antecedente de hecho 18

⁶⁵La primera propuesta, el 24 de mayo de 2012; la segunda el 6 de junio y la tercera el 14 de junio

publicidad televisiva⁶⁶. El primero, de carácter unilateral, se refería a la potencial desaparición de la presión competitiva que La Sexta ejercía en dicho mercado, ya que los precios ofrecidos por este operador eran inferiores a los de Antena 3 y Mediaset España y, como consecuencia, empujaba a la baja los precios en ese mercado⁶⁷. El segundo efecto, también de carácter unilateral, sería el aumento del poder de mercado de Antena 3, que forzaría a los anunciantes a contratar con Antena 3 para no ver perjudicadas sus campañas publicitarias⁶⁸. Por su parte, el tercer efecto, esta vez de carácter coordinado, derivaría de la potencial cooperación táctica en el duopolio formado por Antena 3/La Sexta y Mediaset España, dificultando la viabilidad y la entrada al mercado de terceros operadores⁶⁹. También consideraba la CNC que la operación tendría efectos verticales en el resto de mercados, al reforzarse el poder de compra de contenidos audiovisuales de Antena 3, afectando negativamente, de nuevo, a terceros operadores⁷⁰.

Por todo ello, las condiciones finales que la CNC impuso fueron las siguientes:

- i) Antena 3 no podrá firmar contratos para gestionar la publicidad de otras empresas de televisión en abierto de ámbito estatal, regional o local.
- ii) Deben mantenerse empresas diferentes para comercializar la publicidad de sus dos canales de televisión con mayor audiencia.
- iii) No comercializar mediante una misma oferta comercial publicidad de sus dos canales con mayor audiencia.
- iv) No comercializar productos publicitarios televisivos que incluyan canales cuya audiencia conjunta sea superior al 18%.
- v) Publicar como mínimo cada tres meses su oferta de productos publicitarios televisivos; esta deberá incluir los productos necesarios para garantizar que es posible adquirir espacios publicitarios de forma individualizada en cada uno de los canales, tanto en la modalidad de venta a coste GRP como en la de venta a descuento.

⁶⁶Resumen Ejecutivo Expediente C/0432/12 Antena 3/La Sexta, p.5

⁶⁷*Ibidem*

⁶⁸*Ibidem*

⁶⁹*Ibidem*

⁷⁰*Ibid.* 6

- vi) No desarrollar políticas comerciales y de precios que supongan venta vinculada de los distintos productos publicitarios televisivos, o la imposición de unos productos publicitarios televisivos sobre otros.
- vii) La empresa que no comercialice la publicidad del canal Antena 3 no podrá incluir en la oferta de productos publicitarios televisivos la posibilidad de contratar espacios en *simulcast* en varios canales de televisión.
- viii) Los anunciantes y agencias de medios serán los que seleccionen inicialmente los productos publicitarios sobre los que quieren recibir ofertas comerciales.
- ix) Las empresas que se constituyan para comercializar la publicidad mantendrán bases de datos diferentes.
- x) Las ofertas comerciales que se hagan darán información de los precios de referencia para cada producto publicitario, y, en su caso, la distribución de la inversión por franjas o canales y la presión mínima en horario *prime time*.
- xi) Las ofertas comerciales que se hagan presentarán de forma diferenciada a cada anunciante el coste de cada recargo operativo, elemento cualitativo ofertado y publicidad no convencional en cada canal.
- xii) No condicionar las ofertas comerciales a la garantía de una cuota mínima de inversión o de GRP's obtenidos por el anunciante.
- xiii) Al cerrar la negociación de los contratos publicitarios se emitirán por escrito tanto órdenes de compra como facturas que serán específicas para cada producto publicitario contratado.
- xiv) Los acuerdos con agencias de medios relativos a la cuantificación de las extraprimas solo podrán ser negociados y firmados de forma independiente entre sí por las distintas empresas que gestionen la publicidad de los canales de Antena 3.
- xv) No vincular el pago de las extraprimas a la obtención de una cuota mínima de inversión o de GRP's.

3.5.7. Diferencia de criterios entre la Comisión Nacional de Competencia y Antena 3

Las principales diferencias entre los compromisos que estaba dispuesto a asumir Antena 3 y las condiciones impuestas por la CNC se referían al mercado de la publicidad

televisada⁷¹. Más concretamente, las reivindicaciones de Antena 3 eran básicamente tres: la eliminación de la condición de crear dos compañías totalmente independientes para la venta de publicidad; la reducción del 22% al 18% de *share* a la hora de componer un paquete comercial; y la ampliación de 3 a 5 años en el plazo de vigencia de dichas condiciones⁷². Entendía Antena 3 que se estaba discriminado su posición con respecto a Mediaset España al endurecer injustamente los compromisos de la operación de concentración⁷³.

Sin embargo, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso Sogecable/Vía Digital, donde se refleja claramente que las condiciones impuestas a una operación de concentración deben ser proporcionadas a los problemas de competencia detectados, dejando un cierto margen de discrecionalidad a los órganos de competencia para decidir entre las distintas soluciones posibles⁷⁴, la CNC estimó suficientemente justificados ese “endurecimiento” de condiciones en tanto que ambas operaciones (Telecinco/Cuatro y Antena 3/La Sexta) no eran idénticas.

Así, en respuesta a las reivindicaciones de Antena 3, la CNC fue justificando su rechazo a las mismas. Respecto de la primera, entendía que era imprescindible imponer la obligación de mantener dos entidades separadas para la comercialización de los espacios publicitarios. No era suficiente con establecer condiciones que impidiesen a la empresa resultante de la concentración comercializar los precios de los dos canales de forma separada, ya que es prácticamente inevitable, puesto que el control sería único, que se llevase a cabo vinculaciones implícitas de precios y de condiciones; hecho que obstaculizaría gravemente la libre competencia en el mercado de la publicidad televisiva. Por ello, la única vía realmente efectiva para poder controlar ese posible obstáculo era mantener la separación de ambos equipos de comercialización en sociedades distintas⁷⁵.

⁷¹ALONSO SOTO, R., “La decisión del Gobierno sobre la concentración de las cadenas de televisión Antena 3/ La Sexta”, en *Notas de competencia elaboradas por el Grupo de Competencia de Gómez – Acebo & Pombo*, nº1, Octubre 2012, p.3

⁷² Comunicado de Antena 3 sobre las condiciones de la CNC, disponible en: <http://www.atresmediacorporacion.com/a3document/2012/07/18/DOCUMENTS/00001/00001.pdf>

⁷³*Ibidem*

⁷⁴Resumen Ejecutivo Expediente C/0432/12 Antena 3/La Sexta, p.7

⁷⁵ALONSO SOTO, R., *op.cit* 71

Respecto de la segunda condición rechazada por Antena 3, la CNC estimó que la reducción de ese límite (del 22% al 18%) era totalmente necesario para que el canal Antena 3 pudiese mantener la pauta única, para poder asegurar que los contenidos de las audiencias de La Sexta no fuesen alterados y, principalmente, para intentar mitigar esa posible cooperación tácita que se generaría entre Mediaset España y Antena3/La Sexta de concluirse finalmente la operación⁷⁶.

Respecto de la última de las reivindicaciones de Antena 3 (relativa a la ampliación de 3 a 5 años del plazo de vigencia de las condiciones de la operación), la CNC defendía que era el plazo necesario para remover los obstáculos a la libre competencia y que, en todo caso, ese plazo podía ser revisado a la baja si las circunstancias cambiaban⁷⁷.

Estas diferencias entre ambas partes eran insalvables y, por ello, parecía imposible llegar a un entendimiento, lo que propició que el día 9 de julio de 2012 se elevara al Consejo de la CNC el Informe sobre la operación y la Propuesta de resolución definitiva, en la que se autorizaba la concentración supeditada al cumplimiento de las condiciones impuestas unilateralmente por la CNC.

3.5.8. Elevación del Acuerdo al Consejo de Ministros

Fue el día 30 de julio cuando el ministro de Economía y Competitividad dictó orden para elevar el asunto al Consejo de Ministros.

Como hemos expresado anteriormente, esta ha sido la primera vez que se hacía uso de la potestad que el artículo 60 de la LDC otorga al Consejo de Ministros para autorizar una concentración por motivos distintos a la defensa de la competencia. La decisión final del Consejo de Ministros se adoptó el 24 de agosto de 2012 y el texto se hizo público el día 27 de ese mismo mes⁷⁸.

⁷⁶*Ibidem*

⁷⁷*Ibidem*

⁷⁸El Acuerdo del Consejo de Ministros está disponible en http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/Texto_web_ACM.pdf

3.5.9. Motivación de la intervención del Consejo de Ministros

Pasaremos ahora a analizar detalladamente los distintos argumentos expuestos por el Consejo de Ministros para rebajar las condiciones y, por ende, autorizar la operación de concentración, defendiendo una postura contraria a la expuesta por la CNC.

El Gobierno utiliza dos argumentos de interés general para defender la necesidad de rebaja en las condiciones impuestas de la CNC. El primero de estos argumentos se sustenta en el artículo 10.4.f de la LDC, por el que se recoge como interés general distinto de la defensa de competencia la “garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial”. El segundo de estos argumentos se basa en la defensa del pluralismo ideológico en los medios televisivos. Comentaremos ahora cada uno de ellos.

3.5.9.1. El Plan de liberalización del “dividendo digital”

El primer argumento hace referencia a la necesidad de conseguir una mejor implementación y desarrollo del Plan de liberalización del “dividendo digital”. Este plan, que se deriva de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se refiere a la obligación de liberar un espectro de bandas de frecuencias que utilizan las televisiones en favor de servicios de telefonía móvil, a partir del 1 de enero de 2015. Este espectro se conoce habitualmente con el nombre de “dividendo digital”. La liberalización de esas frecuencias supondrá un coste que deberá ser abonado por las operadoras de telefonía, que utilizarán las mismas para poder prestar servicios de telefonía 4G, entre otros servicios⁷⁹.

⁷⁹DÍEZ ESTELLA, F., “La fusión entre Antena 3 y la Sexta: comentario de urgencia y análisis ... ¿Antitrust?”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 12, Sección Comentarios de jurisprudencia, Enero – Junio 2013, p.15

La elaboración de dicho Plan, su formulación, su contenido y desarrollo, queda recogido de una forma amplia y muy detallada en el Acuerdo del Consejo de Ministros⁸⁰. Lo realmente relevante para nuestro estudio son las razones de por qué dicho Plan debe considerarse de interés general, y cuáles son las razones que justifican esa condición. Así, tal y como se recoge en el Acuerdo del Consejo de Ministros, los objetivos que se pretenden conseguir el Plan son los siguientes:

- 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 ara la televisión digital DVB-T2 y anticipar soluciones que minimicen el impago 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)⁸¹.

El Consejo de Ministros entiende que, para poder alcanzar estos objetivos, es necesario que los operadores del mercado televisivo tengan una dimensión y una solvencia suficiente, ya que sin estas características se pone en serias dudas la posibilidad de llevar a cabo dicha “liberalización”⁸². El acuerdo recoge que “la existencia de menos

⁸⁰Acuerdo Consejo de Ministros, pp. 6 - 15

⁸¹*Ibid.* 13

⁸²DÍEZ ESTELLA, F., *op.cit* 79, p.16

operadores, pero de mayor tamaño, facilita una gestión más eficiente del espectro por parte de los operadores de televisión”⁸³.

Así, concluye el Consejo que “resulta especialmente relevante para el éxito del proceso de liberalización del dividendo digital garantizar que se complete la operación de concentración analizada en este Acuerdo”⁸⁴.

Como conclusión, podría decirse que el Gobierno estima necesario la eficaz ejecución del Plan sectorial consistente en la liberalización del “dividendo digital” y que, para ello, se requieren operadores televisivos económicamente solventes. De ahí la necesidad de autorizar la concentración.

3.5.9.2. Garantía del pluralismo

El segundo de los motivos de interés general se refiere a la garantía del pluralismo en los medios de comunicación. Este argumento se desarrolla en el punto 2 del Acuerdo del Consejo de Ministros.

Este segundo motivo se incluye también dentro de los objetivos de política sectorial. Entiende el Consejo que el pluralismo en los medios de comunicación se da cuando existe “pluralidad de instrumentos de comunicación potencialmente contrapuestos y no homogeneizados, así como concurrencia libre de ideas y corrientes de opinión que diferencia a unos concesionarios de otros”⁸⁵.

Este objetivo sectorial queda establecido por la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administraciones de los Estados Miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, incorporada a nuestro ordenamiento a través de la LGCA. Dicha Ley establece en su exposición de motivos que “se reconoce el derecho a poseer participaciones significativas en varios

⁸³Acuerdo Consejo de Ministros, p.15

⁸⁴DÍEZ ESTELLA, F., *op.cit* 79, p.15

⁸⁵Acuerdo Consejo de Ministros, p.15

prestadores de servicios estatales de comunicación, pero se limita ese derecho si en el momento de la fusión o compra de acciones se acumula más del 27% de la audiencia (...). También se añade que “un solo titular no podrá tener participaciones significativas en prestadores de servicios de comunicación audiovisual que cumulen más de dos múltiplex –ocho canales- y en todo caso debe garantizarse un mínimo de tres operadores privados estatales”.

A través de límites como estos, la LGCA trata de garantizar la pluralidad de la información. Sin embargo, el Consejo de Ministros entiende que igual de importante para mantener ese pluralismo es que existan operadores de televisión lo suficientemente fuertes y solventes que puedan hacer que el sector audiovisual sea económicamente sostenible⁸⁶. Es decir, se recurre al argumento que la falta de estos operadores fuertes y solventes que compitan en plano de igualdad sería perjudicial para el cumplimiento del objetivo del pluralismo en los medios de comunicación. En base a este razonamiento, sumando a la mala situación económica que atraviesa el mercado de publicidad televisiva (que es, recordemos, la principal fuente de ingreso de los operadores necesarios), entiende el Gobierno que la concentración de operadores es vital para mantener económicamente al sector⁸⁷.

Al análisis anterior añade el Consejo de Ministros que la operación de concentración entre Antena 3 y La Sexta no supera los umbrales recogidos por la Ley General de Comunicación Audiovisual y que ésta por lo tanto dentro del marco legal exigido⁸⁸.

Por todo ello, el Gobierno concluye que la concentración, no siendo contraria a la legalidad, favorece el pluralismo televisivo al asegurar la solvencia económica de los operadores que forman parte de la operación de concentración.

3.5.10. Acuerdo del Consejo de Ministros

⁸⁶*Ibid.* 18

⁸⁷*Ibidem*

⁸⁸*Ibid.* 19

Finalmente, el Consejo de Ministros acuerda rebajar las condiciones impuestas por parte de la CNC a la concentración de Antena 3 y la Sexta, estableciendo las mismas que las estipuladas en la operación de Telecinco y Cuatro.

3.5.11. Reacción de los anunciantes

La consecuencia más inmediata provino de parte de la Agencia Estatal de Anunciantes (Agencia que también se pronunció en contra de la fusión de Telecinco y Cuatro). Entendía la AEA que la competencia en su sector se vería gravemente afectada como consecuencia del duopolio constituido por Antena 3 y La Sexta, por un lado, y Mediaset España, por otro⁸⁹. La AEA había sido firme defensora de las condiciones que exigía la CNC para autorizar dicha operación, y en vista de la reducción de condiciones impuesta por el Consejo de Ministros, decidió interponer, el 25 de octubre de 2012, un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo⁹⁰. Las principales reivindicaciones de la AEA hacían referencia al efecto anticompetitivo de la concentración, al entender que sería la oferta (el duopolio) quien iba a controlar los precios en el mercado de la publicidad televisiva⁹¹. Temían además que la posición de dominio que se establecía fruto de esta operación hiciese inviable la libre competencia⁹².

Sin embargo, este recurso no ha sido finalmente resuelto por el Tribunal porque la AEA firmó, en enero de 2013, un “acuerdo de buenas prácticas” con el Grupo Antena 3⁹³, cuyo contenido incluye la retirada del recurso contencioso administrativo interpuesto con motivo de la fusión. A cambio, el Grupo Antena 3 se comprometía a cumplir con

⁸⁹DÍAZ-GONZALEZ, M.J., QUINTAS FROUFE, N., *op.cit* 49, p.75

⁹⁰*Ibidem*

⁹¹ABC, “Los anunciantes advierten que la fusión entre antena 3 y la Sexta agravará la competencia en el sector”, disponible en <http://www.abc.es/20111214/medios-redes/abci-anunciantes-antena-lasexta-201112141930.html>

⁹²*Ibidem*

⁹³Grupo del que forma parte Antena 3 y La Sexta, y que cuyo nombre actual es Atresmedia

una serie de condiciones para garantizar la libre competencia⁹⁴. El contenido del acuerdo es confidencial por lo que no hemos podido tener acceso al texto completo⁹⁵.

3.5.12. Reacción del Grupo Intereconomía

No solamente la Agencia Española de Anunciantes recurrió la fusión de Antena 3 y la Sexta. También lo hizo el Grupo Intereconomía el día 10 de enero de 2013, interponiendo un nuevo recurso contencioso administrativo contra la autorización de la concentración, solicitando además la suspensión de la operación como medida cautelar⁹⁶. Las razones aportadas por el Grupo Intereconomía se basaban fundamentalmente en la perturbación de la competencia efectiva en el sector de la televisión, el pluralismo informativo y el perjuicio que se causa a los intereses generales⁹⁷.

Finalmente, al igual que ocurrió con la AEA, este recurso no ha llegado a resolverse. En primer lugar, el Tribunal Supremo rechazó la petición de suspensión de la fusión⁹⁸ y, finalmente, Intereconomía decidió retirar el recurso el día 10 de mayo de 2013 tras haber llegado a un acuerdo con Atresmedia⁹⁹.

Como conclusión, podemos resaltar que, a pesar de haberse planteado dos recursos ante el Tribunal Supremo, éste no ha llegado a pronunciarse sobre la adecuación a derecho de la autorización de la concentración, porque tanto el recurso de la AEA como el de Intereconomía fueron retirados voluntariamente por la parte actora.

⁹⁴PRNOTICIAS, “Antena 3 y los anunciantes entierran el hacha de guerra y sellan un acuerdo por la libre competencia” disponible en <http://www.prnoticias.com/index.php/televisión/160-antena-3-/20119395-antena-3-y-los-anunciantes-entierran-el-hacha-de-guerra-y-sellan-un-acuerdo-por-la-libre-competencia>

⁹⁵DÍAZ-GONZALEZ, M.J., QUINTAS FROUFE, N., *op.cit* 49, p. 76

⁹⁶ELMUNDO, “los anunciantes recurren las condiciones de la fusión de Antena 3 y La Sexta”, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/07/comunicación/1352287592.html>

⁹⁷PERIODISMODIGITAL.COM, “Intereconomía pide al Gobierno que prohíba la fusión de Antena 3 y La Sexta”, disponible en <http://www.periodistadigital.com/periodismo/tv/2012/09/20/intereconomia-consejo-de-ministros-recurre-antena-3-fusion-lasexta.shtml>

⁹⁸*Ibidem*

⁹⁹ELCONFIDENCIAL.COM, “Intereconomía retira su recurso contra la fusión de Antena 3 y La Sexta”, disponible en <http://www.elconfidencial.com/comunicacion/2013/05/14/intereconomia-retira-su-recurso-contra-la-fusion-de-antena-3-y-la-sexta-120941>

4. VALORACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS

Esta operación, como previamente ha sido remarcado, es la primera que se autoriza a la luz de la potestad que le otorga el artículo 60 de la LDC. La autorización del Consejo de Ministros ha supuesto un antes y un después en el marco de las operaciones de concentración en el panorama español, y es por este motivo por el que son muchas las voces que han aportado su visión al respecto.

En primer lugar analizaremos las críticas que se han vertido en relación al carácter excepcional de la cláusula, y la necesidad (o no) de invocar dicha facultad para permitir esta concentración.

El origen de esta cláusula fue muy controvertido por varios motivos que, pese a haber sido expuestos anteriormente, conviene recordar ahora. En primer lugar, la nueva Ley de Defensa de la Competencia trataba precisamente de transformar el sistema de control de concentraciones hasta entonces monopolizado por el control del Gobierno. Para ello era necesario garantizar la independencia del órgano de control del Derecho de la Competencia (la CNC), separando al Gobierno de esta labor. Sin embargo, las potestades del Gobierno en materia de competencia no quedaron totalmente eliminadas en tanto que se introdujo (tras intenso debate y discusión parlamentaria¹⁰⁰) la cláusula que en esta operación se invoca. Lo que pareció quedar fuera de toda duda es que esta potestad debía ser invocada de forma totalmente excepcional.

Ya antes de que esta operación tuviese lugar eran varias las voces que se alzaban contra dicha potestad. Así, hubo autores que estimaban que la posible intervención por motivos de interés general distintos de la defensa de la competencia era una posibilidad que nunca o casi nunca debería invocarse y, de ser así, las razones y argumentos para defender esos intereses generales debían de ser claros y contundentes¹⁰¹. Defendían estos autores que dicha claridad y contundencia se presenta totalmente necesaria en

¹⁰⁰BERENGUER, L., “Por sus obras los conoceréis”, en *Elpais.com*, 13 de septiembre de 2012, disponible en www.elpais.com

¹⁰¹SÁNCHEZ GRAELLS, A., “La intervención del Gobierno en control de concentraciones: se ha abierto la caja de Pandora (?)”, en *How to Crack a Nut*, 13 de septiembre 2012, disponible en <http://howtocrackanut.blogspot.com.es>

tanto en cuanto la interpretación de los intereses generales y su relevancia para ser invocados depende de una valoración subjetiva y política del Gobierno, sólo sometida a un ulterior control por parte del Tribunal Supremo ante la potencial interposición de un recurso contencioso administrativo¹⁰². Por su parte, hubo también quien criticaba esta posibilidad que se le brinda al Gobierno con la nueva LDC al entender que no es positivo para la competencia en España, basando sus conclusiones en el ejemplo alemán de la concentración entre E.ON y Ruhrgas y que, desde su autorización, la sociedad resultante no ha dejado de incurrir en prácticas contrarias al derecho de la competencia¹⁰³. En un plano similar se pronuncian otros prestigiosos juristas, quienes destacan que la valoración por parte del Gobierno de lo que se considera “interés general” en virtud de artículo 10.4 LDC es discrecional y no arbitraria. Por ello, entienden que las intervenciones del Consejo de Ministros deben ponderar los criterios de interés general y los criterios de defensa de la competencia, y adoptar decisiones suficientemente motivadas, porque de lo contrario estaríamos ante intromisiones desproporcionadas del Gobierno¹⁰⁴. Argumentan estos autores que si las razones dadas por el Consejo no fuesen claras y suficientes, posiblemente no estaríamos ante un criterio de interés general, y por tanto la disposición no podría ser invocada.

Siendo esto así, se pone en entredicho la contundencia y claridad de los argumentos aportados por el Consejo de Ministros y, por extensión, se pone en duda la excepcionalidad de la operación.

Respecto del primero de los argumentos, el relativo a la necesidad de implementación eficiente del Plan de liberalización del dividendo digital, son varias las cuestiones suscitadas. Hay autores que defienden que la relación que establece el Consejo de Ministros entre el proceso de concentración y el Plan de liberalización del “dividendo digital” es “absurda”¹⁰⁵. En la misma línea, otros autores proclaman que el verdadero objetivo tras este argumento es el ahorro de costes en relación al proceso de liberalización del dividendo digital¹⁰⁶. Por otro lado, no falta quien califica la argumentación del Consejo de Ministros a este respecto como “débil, alambicada y

¹⁰²*Ibidem*

¹⁰³BROKELMANN, H., *op.cit* 37, p.14

¹⁰⁴DÍEZ ESTELLA, F., *op.cit* 79, p.32

¹⁰⁵BERENGUER, L., *op.cit* 100

¹⁰⁶SANTALÓ, J., “La monopolización como moneda de cambio: el Gobierno y la fusión entre Antena 3 y La Sexta”, en *Fedeablogs*, 5 de septiembre 2012, disponible en www.fedeablogs.net

barroca”, al entender que la intervención del Gobierno ha sido desproporcionada, debilitando la competencia efectiva en ese mercado¹⁰⁷.

Sin embargo, es el argumento basado en la defensa del pluralismo televisivo el que ha sido más duramente criticado. Son varios los autores que tachan de absurdo este argumento al plantearse cómo es posible que la concentración de dos medios pueda beneficiar dicho pluralismo¹⁰⁸. Hay quien, sumándose a esa crítica, añade que precisamente se suprimió la referencia al “pluralismo informativo” cuando se debatían las posibles causas de intervención del Consejo de Ministros en la actual LDC¹⁰⁹. Por su parte, distintas voces defienden que el Gobierno ha llevado a cabo una interpretación interesada del pluralismo mediático, utilizándolo en pro de objetivos puramente mercantiles y políticos¹¹⁰. No faltan también aquellos que, retomando la postura de la CNC (quien criticaba el hecho de que, de realizarse la operación, habría sólo una línea editorial en vez de dos), argumentan que, a través de esta concentración, se consigue un efecto negativo en el pluralismo informativo. Entienden estas voces que si la intención real del Gobierno hubiese sido precisamente la de favorecer este pluralismo, se debería haber prohibido la operación en vez de facilitarla¹¹¹.

Por otro lado, también se plantea si esa sostenibilidad económica que se trata de proteger para favorecer el pluralismo a través de la creación, vía autorización del duopolio Antena 3 y La Sexta, y Mediaset España, lo que realmente está provocando es la homogeneización de contenidos¹¹², a la vez que está condenando al resto de operadores televisivos a su desaparición¹¹³.

Además, hay autores que resaltan que, si bien es cierto que la audiencia se ha fragmentado en los últimos años por la aparición de un gran número de canales nuevos, no se debe olvidar que la mayoría de ellos están controlados o bien por Mediaset España

¹⁰⁷DÍEZ ESTELLA, F., CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., *op.cit* 11, p.13

¹⁰⁸BERENGUER, L., *op.cit* 100

¹⁰⁹DÍEZ ESTELLA, F., CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., *op.cit* 11

¹¹⁰DÍAZ-GONZALEZ, M.J., QUINTAS FROUFE, N., *op.cit* 49, p.85

¹¹¹SANTALÓ, J. *op.cit* 106

¹¹²BARRIGA CANO, M.J., “La fusión de Antena 3 y La sexta: la legitimación de una tendencia en el mercado audiovisual español”, en *Comunicación y Regeneración Democrática, Actas del congreso nacional ULEPICC España*, Universitat Jaume I, 2013, p.84

¹¹³GARCÍA SANTAMARÍA, J.V., “Telecinco y los excesos de autoestima de la CNC”, en Blogs lainformación.com, 10 de febrero de 2013,

o bien por Atresmedia¹¹⁴. Por ello, estos autores ponen en duda que, pese a esta mayor oferta de canales, exista un verdadero pluralismo informativo (y que, de existir, que pueda mantenerse en el tiempo).

Otra razón por la que se ha puesto en entredicho la intervención del Gobierno en esta operación es la que se refiere al mensaje de desconfianza que se vierte sobre los órganos de control de la libre competencia españoles. Reconocidos expertos en materia de competencia opinan que, a través de la autorización del Gobierno, suavizando las condiciones hasta equipararlas con las impuestas a Telecinco y Cuatro, se está desautorizando el criterio y análisis de la CNC¹¹⁵.

Por último, hay incluso quien entiende que la actuación del Consejo de Ministros busca única y exclusivamente la aquiescencia de los operadores de televisión involucrados en relación al Plan del “dividendo digital”, llegando incluso a asimilar dicha intervención con la política de monopolización como moneda de cambio que practicaba la Corona española siglos atrás¹¹⁶.

En resumen, tal y como se observa en este apartado, la intervención del Consejo de Ministros no ha sido cálidamente acogida por la doctrina, al estimar ésta que no se daban los requisitos necesarios ni la motivación suficiente para aplicar acertadamente el artículo 60 de la LDC.

5. CONCLUSIONES FINALES

Tras el detallado análisis que hemos realizado a lo largo de todo este trabajo en relación a la operación de Antena 3 y La Sexta, hemos podido extraer las siguientes conclusiones.

¹¹⁴DÍAZ-GONZALEZ, M.J., QUINTAS FROUFE, N., *op.cit* 49, p.81

¹¹⁵Véase BERENGUER, L., *op.cit* 100 y SÁNCHEZ GRAELLS, A., “La reforma del sistema español de defensa de la competencia: La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas”, en Serie Política de la Competencia, nº 21, 2006, p. 25

¹¹⁶SANTALÓ, J., *op.cit* 106

En primer lugar, es necesario recordar que ésta es la primera vez que se invoca por parte del Consejo de Ministros la facultad de intervención que le otorga el artículo 60 de la LDC. Por ello, la operación de concentración de Antena 3 y La Sexta supone un antes y un después en el contexto español en relación al control de concentraciones. Y es precisamente por esto por lo que resulta ser de vital importancia analizar minuciosamente cómo se ha producido dicha intervención y las consecuencias que pueden derivarse de la misma.

En segundo lugar, si recordamos el examen de derecho comparado en relación a otras legislaciones europeas, podemos concluir que este tipo de cláusulas de intervención política en materia de control de concentraciones no sólo son escasas, sino que, además, apenas hay casos en los que se hayan invocado de forma efectiva. Este hecho nos confirma dos cuestiones: que dichas disposiciones tienen un carácter excepcional y que su invocación está restringida a casos tremendamente específicos. Todo ello podemos considerarlo un indicador del poder efectivo que se le bringa a los distintos Gobiernos a través de estas facultades de intervención en operaciones de concentración, resaltando por tanto la necesidad de justificar y motivar de una forma totalmente clara y contundente el uso de estas disposiciones.

En tercer lugar, es muy interesante destacar que la operación entre Antena 3 y La Sexta era una operación de dimensión comunitaria, pero que, sin embargo, y en aplicación de la facultad de remisión que contempla el Reglamento, fue finalmente conocido por la CNC. Con este dato lo que queremos resaltar es el carácter extraordinario de esta operación, ya que no sólo lo es por ser la primera concentración autorizada por el Consejo de Ministros (suavizando las condiciones impuestas por la CNC), sino que además es excepcional en tanto que no se sustancia ante la CE, sino ante la CNC. De ahí que podamos decir que es una operación de “doble excepcionalidad”, en tanto que se va acogiendo a los regímenes excepcionales que se recogen tanto en el Reglamento de Concentraciones (remisión) como en la LDC (intervención del Consejo de Ministros).

Llegados a este punto, cabe plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué hubiese ocurrido si la operación de concentración hubiese sido conocida por la Comisión Europea, que es la institución que, en principio, debería haber conocido de la misma? Es muy arriesgado dar una respuesta definitiva a este interrogante, pero podemos intuir que la respuesta de

la Comisión habría sido más estricta que la adoptada por el Consejo de Ministros ya que, recordemos, lo que está en juego es la defensa de la libre competencia en el mercado único. Esta reflexión nos hace ver el poder efectivo que tiene el Gobierno en materia de control de concentraciones en España, puesto que, examinando la operación en perspectiva, el Consejo de Ministros ha autorizado una concentración de dimensión comunitaria que previsiblemente la CE no hubiese permitido (al menos con unas condiciones tan escuetas).

Por todo ello, y precisamente por el carácter doblemente extraordinario de esta concentración, entendemos que se hace aún más necesario una motivación contundente y sin fisuras, que efectivamente justifique tanta excepcionalidad. La cuestión que debemos plantearnos es si la motivación del Consejo de Ministros cumple esos criterios. Como hemos podido observar, son muchas las voces que se pronuncian en contra de la intervención, pero el pronunciamiento efectivamente relevante en esta materia no ha llegado a producirse. Nos estamos refiriendo al Tribunal Supremo, órgano que finalmente no ha resuelto ninguno de los recursos interpuestos ante el Acuerdo del Consejo de Ministros y que cuya opinión habría aportado luz sobre la adecuación a derecho (o no) de la intervención del Consejo de Ministros. Desgraciadamente, y a falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo, la intervención, aunque muy criticada doctrinalmente, ha surtido todos sus efectos.

Ahora, una vez autorizada y ejecutada la concentración, ¿qué efectos pueden derivarse de la misma? Es necesario recordar que la concentración está condicionada al cumplimiento de una serie de compromisos (no estructurales) que pretenden servir de “contrapeso” a los posibles obstáculos a la libre competencia derivados de la operación, especialmente en el mercado de televisión en abierto y el mercado de publicidad televisiva. Bajo nuestro punto de vista, concluimos que el verdadero problema no está ahora en analizar si las condiciones impuestas por el Gobierno son suficientes o no (porque poco se puede hacer ya al respecto), sino que debe ponerse el foco de atención en asegurar el efectivo cumplimiento de los mismos, para evitar incumplimientos sistemáticos de compromisos que deriven efectivamente en un mercado duopolista (Mediaset España y Atresmedia), donde estos dos grupos “campen a sus anchas”, como ocurrió en el caso de E.ON/Rhurgas.

Está claro que no hemos llegado a esta situación, pero recientes acontecimientos nos hacen plantearnos este posible escenario en el futuro. Nos estamos refiriendo a la reciente multa de 14,5 millones impuesta por la CNC a Mediaset España por incumplimiento de compromisos en la operación de Telecinco y Cuatro¹¹⁷. Esperemos que sea un episodio aislado, y no el comienzo de una serie de incumplimientos sistemáticos por parte de los dos grandes operadores, porque, de ser finalmente así, podríamos concluir que el Gobierno habría generado un duopolio que, *de facto*, escaparía a su control.

Por todo lo expuesto y como resumen final, quisiéramos remarcar una vez más la trascendencia de esta operación, en tanto que supone el primer precedente en España de intervención del Gobierno en una operación de concentración, invocando intereses generales distintos de la defensa de la competencia, marcando por tanto una nueva vía en el procedimiento de concentraciones que, de no ser invocada con la suficiente justificación y necesidad puede generar ulteriores obstáculos que terminen generando más problemas de los que se pretendían evitar.

¹¹⁷ GARCÍA SANTAMARÍA, J.V., *op.cit* 113

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. ESPER. M, (Coord), “La nueva ley de Defensa de la Competencia: Análisis y comentarios”, Editorial Bosch, 2009, Barcelona
2. FOLGUERA. J., VIDAL, P., “Artículo 7. Definición de concentración económica, en Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia”, en A.A.V.V., Editorial Civitas, 2008, Madrid
3. MARCOS, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., “El control de concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”, en A.A.V.V., Editorial LA LEY, 2008, Madrid
4. ORTIZ BLANCO, L., “Manual de Derecho de la Competencia” en, A.A.V.V., Editorial Tecnos, Madrid, 2008

Artículos de revistas:

1. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas de las soluciones: compromisos en el control de concentraciones”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº1, Sección Estudios, Julio – Diciembre 2007
2. BARRANTES DÍAZ, B., “La invocación de intereses generales en procedimientos nacionales de control de concentraciones. La intervención del Consejo de Ministros a la luz de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 11, Sección Artículos, Septiembre – Octubre 2009
3. BARRANTES DÍAZ, B., LATORRE ZANÓN, A., “Concentraciones y sector audiovisual: las operaciones Telecinco/Cuatro y Digital +” en *Anuario Mercantil para Abogados 2011*, edición nº1, Editorial LALEY, Madrid, mayo 2011
4. BROKELMANN, H., “La reforma del régimen de control de concentraciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta jurídica de la*

- Unión Europea y de la Competencia*, nº1, Sección Artículos, Enero – Febrero 2008
5. DÍAZ-GONZALEZ, M.J., QUINTAS FROUFE, N., “La absorción de La Sexta por Antena 3 de Televisión y sus efectos en el pluralismo externo del sistema televisivo español”, en *Observatorio (OBS) Journal*, vol.7, nº 4, 2013
 6. DÍEZ ESTELLA, F., “La fusión entre Antena 3 y la Sexta: comentario de urgencia y análisis ... ¿Antitrust?”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 12, Sección Comentarios de jurisprudencia, Enero – Junio 2013
 7. DÍEZ ESTELLA, F., CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., “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” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº31, Sección Artículos, Enero - Febrero 2013
 8. FOUNTOUKAKOS, K., HERRON, M., “Merges and joint ventures, an overview of EU and national case law” en *E-competitions*, nº420270
 9. SÁNCHEZ GRAELLS, A., “La reforma del sistema español de defensa de la competencia: La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas”, en *Serie Política de la Competencia*, nº 21, 2006
 10. TRILLO TORRES, R., “Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/ 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 1, Sección Artículos, Enero – Febrero 2008

Publicaciones de Instituciones:

1. ALONSO SOTO, R., “La decisión del Gobierno sobre la concentración de las cadenas de televisión Antena 3/ La Sexta”, en *Notas de competencia elaboradas por el Grupo de Competencia de Gómez – Acebo & Pombo*, nº1, Octubre 2012
2. BARRIGA CANO, M.J., “La fusión de Antena 3 y La sexta: la legitimación de una tendencia en el mercado audiovisual español”, en *Comunicación y Regeneración Democrática, Actas del congreso nacional ULEPICC España*, Universitat Jaume I, 2013

Resoluciones y expedientes de la CNC:

1. Expte. C-0230/10, Telecinco/Cuatro
2. Expte. C-0432/12, Antena 3/La Sexta
3. Resumen Ejecutivo Expediente C-0432/12, Antena 3/La Sexta
4. Acuerdo del Consejo de Ministros, disponible en: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/Texto_web_ACM.pdf (última consulta el día 28 de marzo de 2014)
5. Comunicación de Hecho Relevante, 14 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.atresmediacorporacion.com/a3document/2012/05/09/DOCUMENTS/00037/00037.pdf>

Artículos de opinión en la web:

1. BERENGUER, L., “Por sus obras los conoceréis”, en *Elpais.com*, 13 de septiembre de 2012, disponible en www.elpais.com (última consulta el día 22 de marzo de 2014)
2. GARCÍA SANTAMARÍA, J.V., “Telecinco y los excesos de autoestima de la CNC”, en *Blogs.lainformación.com*, 10 de febrero de 2013, disponible en www.blogs.lainformación.com (última consulta el día 21 de marzo de 2014)
3. SÁNCHEZ GRAELLS, A., “La intervención del Gobierno en control de concentraciones: se ha abierto la caja de Pandora (?)”, en *How to Crack a Nut*, 13 de septiembre 2012, disponible en <http://howtocrackanut.blogspot.com.es> (última consulta el día 17 de marzo de 2014)
4. SANTALÓ, J., “La monopolización como moneda de cambio: el Gobierno y la fusión entre Antena 3 y La Sexta”, en *Fedeablogs*, 5 de septiembre 2012, disponible en www.fedeablogs.net (última consulta el día 20 de marzo de 2014)

Legislación:

1. Reglamento (CE) nº139/2004, del Consejo de 20 de enero 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas (DOUE 29 de enero 2004)

2. Reglamento de Ejecución (UE) N° 1267/2013, de la Comisión de 5 de diciembre de 2013 (DOUE 6 de diciembre de 2013)
3. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE n° 159, de 4 de julio de 2007)
4. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE n°79, de 1 de abril de 2010)
5. Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE n°143, de 5 junio de 2013)
6. Comunicación 2005/C56/02 de la Comisión Europea sobre la remisión de asuntos de concentraciones (DOUE 5 de marzo de 2005)
7. Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n°802/2004 de la Comisión

Noticias:

1. ABC, “Los anunciantes advierten que la fusión entre antena 3 y la Sexta agravará la competencia en el sector”, disponible en <http://www.abc.es/20111214/medios-redes/abci-anunciantes-antena-lasexta-201112141930.html> (última consulta el día 28 de marzo de 2014)
2. PRNOTICIAS, “Antena 3 y los anunciantes entierran el hacha de guerra y sellan un acuerdo por la libre competencia”, disponible en: <http://www.prnoticias.com/index.php/television/160-antena-3-/20119395-antena-3-y-los-anunciantes-entierran-el-hacha-de-guerra-y-sellan-un-acuerdo-por-la-libre-competencia> (última consulta el día 27 de marzo de 2014)
3. ELMUNDO, “Los anunciantes recurren las condiciones de la fusión de Antena 3 y La Sexta”, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/07/comunicacion/1352287592.html> (última consulta el día 23 de marzo de 2014)
4. PERIODISMODIGITAL.COM, “Intereconomía pide al Gobierno que prohíba la fusión de Antena 3 y laSexta”, disponible en <http://www.periodistadigital.com/periodismo/tv/2012/09/20/intereconomia-consejo-de-ministros-recurre-antena-3-fusion-lasexta.shtml> (última consulta el día 28 de marzo de 2014)

5. ELCONFIDENCIAL.COM, “Intereconomía retira su recurso contra la fusión de Antena 3 y La Sexta”, disponible en <http://www.elconfidencial.com/comunicacion/2013/05/14/intereconomia-retira-su-recurso-contra-la-fusion-de-antena-3-y-la-sexta-120941>(última consulta el día 25 de marzo de 2014)