



XI Congreso Internacional de la AEHE
4 y 5 de Septiembre 2014
Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF)
Madrid

**Sesión: ¿UNA RELACIÓN IMPOSIBLE? DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y DEMANDA CAUTIVA**

**Título de la comunicación: CONTROL DE CONCENTRACIONES Y
POLÍTICA INDUSTRIAL: ANÁLISIS DEL SISTEMA ESPAÑOL**

Autor/es: JERÓNIMO MAILLO

**Filiación/es académica/s: Profesor de Derecho de la Unión Europea y
Coordinador del Centro de Política de la Competencia, UNIVERSIDAD
CEU SAN PABLO**

Dirección electrónica de contacto: maigon@ceu.es

Control de concentraciones y política industrial: análisis del sistema español

Jerónimo Maillo

Profesor de Derecho de la Unión Europea y Coordinador del Centro de Política de la Competencia, Universidad CEU San Pablo

1- Introducción

La interacción entre la política de defensa de la competencia y la política industrial, la compatibilidad de ambas y sus puntos de fricción han sido temas recurrentes y objeto de frecuente estudio desde la aparición de los sistemas de defensa de competencia en Europa. Las discusiones han versado sobre prácticamente la totalidad de instrumentos de defensa de la competencia, desde el control de conductas (cárteles, acuerdos restrictivos y abusos de posición de dominio) hasta el control de concentraciones y por supuesto el control de distorsiones de competencia generadas por medidas públicas (control de ayudas públicas, de derechos exclusivos o especiales y otras medidas anticompetitivas).

El presente trabajo se centra exclusivamente en uno de esos ámbitos, el control de las operaciones de concentración empresarial, en el que tradicionalmente más tendencia a la intervención -incluso a una injerencia excesiva e injustificada- ha existido por parte de los gobiernos, muy especialmente en los llamados sectores estratégicos y las compañías de bandera. Además las fricciones y los debates se han intensificado en las últimas décadas. Se trata muchas veces de casos con una importante repercusión mediática, al menos en medios económicos aunque no sólo, y en el que suele haber intentos de presiones políticas y cruces de declaraciones, cuando no de descalificaciones, por parte de las empresas y los gobiernos que las respaldan. Solo por citar dos de los más relevantes de los últimos años, cabe mencionar, en el ámbito europeo, el frustrado intento de adquisición de Endesa por parte de la operadora alemana E.On, y, en el ámbito español, la fusión de Antena 3 televisión y la Sexta, previa suavización por parte del gobierno español de las condiciones impuestas por la autoridad de competencia.

No ha sido infrecuente que, a la hora de analizar por parte de la autoridad pública un proyecto de concentración empresarial, se hayan tenido en cuenta consideraciones técnicas de defensa de la competencia, junto -cuando no mezcladas- con otras consideraciones de política industrial en sentido lato. Entre estas últimas se encuentran cuestiones relativas a otros intereses generales, de regulación sectorial, así como intentos de favorecer o promover el crecimiento y la consolidación industrial. Cuando esto favorece a la propia industria, y se sospecha que la medida tiene pues intenciones o efectos proteccionistas -por ejemplo, evitar adquisiciones por operadores extranjeros de compañías domésticas- o que busca posicionar en el mercado a campeones nacionales o europeos, la polémica está servida.

Que esta dualidad de intereses y tipos de objetivos subyacen en las decisiones de las autoridades públicas sobre un proyecto de concentración empresarial queda claramente reflejado no solo en casos puntuales sino en previsiones legales de carácter general. Tanto el sistema europeo como el español recogen en la actualidad disposiciones específicas sobre esta cuestión. En efecto, se han intentado delimitar con claridad las posibilidades de invocar estos intereses, asignando poderes de intervención diferenciados a las diversas autoridades implicadas y arbitrando mecanismos para la solución de posibles conflictos y para el control de injerencias injustificadas o excesivas.

En el caso europeo, el Reglamento europeo de control de concentraciones empresariales -Reglamento UE 139/2004- prevé una competencia exclusiva de la Comisión europea para pronunciarse sobre las operaciones de concentración de dimensión comunitaria en lo que se refiere a la defensa de la competencia. No es pues lícito para una autoridad nacional -incluido el gobierno- interferir en esa valoración de los efectos sobre la competencia realizado por la Comisión europea (artículos 21.2 y 3 del Reglamento 139/2004). Ahora bien, el artículo 21.4 del citado reglamento europeo prevé que los Estados miembros sí podrán adoptar las medidas necesarias para proteger otros intereses legítimos. Entre ellos, se mencionan expresamente la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales. Otros intereses pueden también considerarse legítimos previa autorización por parte de la Comisión europea. Con ello queda abierta la puerta a invocar otros intereses generales distintos a la competencia para interferir en concentraciones de dimensión comunitaria. El artículo 21 es pues la disposición clave en el sistema europeo para arbitrar la interacción entre la defensa de la

competencia y otros intereses generales en el marco de las concentraciones de dimensión comunitaria.

En el caso español, la nueva ley de defensa de la competencia (Ley 15/2007, en adelante LDC), prevé que sea la autoridad de competencia española, hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC), la que se pronuncie en exclusiva sobre una concentración de dimensión nacional, en todo lo relativo a consideraciones de defensa de la competencia, sin que el gobierno ni ninguna otra autoridad pueda interferir en dicha valoración. Ahora bien, con carácter extraordinario, la LDC, en particular en su artículo 10.4 y 60, reserva al Gobierno la posibilidad de interferir “atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia. En particular, se incluyen entre ellos, sin carácter exhaustivo los siguientes: defensa y seguridad nacional, protección de la seguridad o salud públicas, libre circulación de bienes y servicios en el territorio nacional, protección del medio ambiente, promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico y la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial. Los artículos 10.4 y 60 LDC son pues las disposiciones claves en el sistema español para arbitrar la interacción entre la defensa de la competencia y otros intereses generales en el marco de las concentraciones de dimensión nacional.

El objeto de este trabajo es precisamente analizar los modelos de interacción entre política industrial y defensa de la competencia que resultan de esta normativa de control de concentraciones, especialmente del vigente sistema español. Se analizará también su funcionamiento en la práctica a través del estudio de la aplicación del modelo a casos concretos, identificando y evaluando los resultados y tendencias generales que se deducen de la práctica decisoria. Se prestará además especial atención al diseño de los límites a injerencias gubernamentales excesivas sobre las decisiones de las autoridades de competencia y la efectividad de los controles establecidos.

Los objetivos de esta investigación son:

- comprender mejor la lógica y las ventajas del modelo de ‘separación formal’ que se ha terminado imponiendo, de modo similar aunque no idéntico, tanto en el sistema europeo como en el sistema español y en el de otras jurisdicciones vecinas;

- visualizar la importancia que el diseño de la autoridad de competencia (así como otros factores complementarios) pueden tener para la credibilidad del modelo;
- identificar el alcance de la injerencia gubernamental que resulta del diseño y el funcionamiento del modelo, evaluando su coherencia e intensidad, especialmente en el caso español;
- comparar el diseño de los diferentes controles a posibles injerencias excesivas que se han previsto en el sistema español y valorar su efectividad en la práctica
- en caso necesario, hacer recomendaciones o propuestas de mejora tanto del diseño como de la aplicación del modelo.

Para ello, analizaré a fondo el sistema español. Tras indicar brevemente su evolución hasta la implantación del modelo actual en 2007, estudio los rasgos principales del modelo vigente para acabar analizando el único caso en el que hasta el momento se han invocado otros intereses generales por el gobierno para cambiar una decisión de la autoridad de competencia, el asunto Antena 3- La Sexta. En la medida de lo necesario se harán alusiones puntuales a diferencias o similitudes con el sistema europeo.

2- El sistema español

2.1. Evolución

Los sistemas nacionales de control de concentraciones que empezaron a surgir en Europa en los años 60 y 70 (Reino Unido, Francia, Alemania), se caracterizaban por dos rasgos principales: en primer lugar, era el Gobierno el que decidía sobre la concentración, bien directamente o bien porque se reservaba el poder de rectificar la decisión previa de la autoridad de competencia; en segundo lugar, para tomar esa decisión el gobierno tenía en cuenta no solo consideraciones de defensa de la competencia sino consideraciones de interés público en general. Estas características dejaban abierta la puerta a que el control de concentraciones se utilizase como un instrumento de política industrial, y en particular se usase para promover campeones nacionales o para adoptar medidas proteccionistas frente adquisiciones extranjeras.

La evolución posterior de estas normativas nacionales ha venido marcado por la creación de autoridades decisorias (más) independientes a las que se encargaba en exclusiva valorar la operación de concentración desde la óptica de la defensa de la competencia. Solo en casos excepcionales, el resultado de su decisión se podía modificar posteriormente por el gobierno en función de otras consideraciones de interés público (con mayor o menor extensión). Tal es el caso de Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Países Bajos, Portugal y el Reino Unido.

En España, la evolución va a ser también fiel reflejo de ese contexto europeo. Con el sistema anterior a la ley 15/2007, se dejaba en manos del Gobierno la decisión de autorización de la concentración: en efecto, era a nivel gubernamental como se decidía si se abría una segunda fase de investigación sobre la concentración y el gobierno quien adoptaba la decisión final sobre la concentración. La nueva LDC siguió la tendencia de otros ordenamientos europeos, creando la Comisión Nacional de la Competencia, hoy sustituida por la CNMC, como autoridad de competencia independiente llamada a decidir sobre la operación de concentración en base exclusivamente a consideraciones de competencia. Extraordinariamente, se preveía también en los artículos 10.4 y 60 LDC, la posibilidad de intervención del gobierno por otras consideraciones de interés público (motivos en listado orientativo del art. 10.4). Un estudio del diseño de este poder de intervención se expone a continuación.

2.2. El modelo actual: rasgos básicos

Las características del poder de intervención del gobierno en el actual sistema español se pueden sintetizar del siguiente modo:

Primera.- El gobierno solo puede intervenir sobre las decisiones adoptadas por la CNMC en segunda fase (artículo 60.1 LDC). Así pues si la concentración ha sido autorizada en primera fase, con o sin condiciones, quedará a salvo de la intervención gubernamental. Esta limitación resulta sorprendente e incoherente. Es cierto que la mayor parte de las decisiones de prohibición o autorización con condiciones (aquellas en las que la CNMC ha de intervenir para evitar que se produzcan daños a la competencia como consecuencia de la concentración) tienen lugar en segunda fase y

que una gran mayoría de las decisiones de primera fase son de autorización sin compromisos. Las concentraciones que pasan a segunda fase suelen ser pues las más complejas y problemáticas. Podríamos pues pensar que la limitación a intervenir solo en caso de decisiones de segunda fase pretende limitar la intervención del gobierno a los casos más problemáticos o complejos, a supuestos en los que el proyecto de concentración no se va aprobar tal cual se notifica. Ahora bien, hay que tener presente que en primera fase también puede haber compromisos y/o condiciones para autorizar la concentración. Que una autorización con condiciones se conceda en primera o segunda fase puede depender tan solo de la rapidez y habilidad de las partes y de la autoridad para encontrar y aceptar los compromisos adecuados que salven los riesgos para la competencia. Es pues una diferencia formal, de procedimiento, que, sin embargo, puede ser determinante para que una operación sea susceptible de intervención gubernamental posterior. No es conceptualmente coherente.

Segunda.- Aparentemente solo cabe intervención gubernamental si la decisión de segunda fase es de prohibición o autorización con condiciones. En efecto, el artículo 60.1 LDC establece que el Consejo de Ministro podrá intervenir por razones de interés general solo cuando la CNMC

“a) Haya resuelto prohibir la concentración.

b) Haya resuelto subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones”

A primera vista, esta formulación parece indicar que la intervención gubernamental tendría normalmente carácter permisivo, es decir sería utilizada bien para autorizar una concentración prohibida por la CNMC, o bien para suavizar las condiciones impuestas por la CNMC. ¿Qué otra explicación tendría haber dejado fuera del alcance de la intervención gubernamental las concentraciones autorizadas sin condiciones en segunda fase o no contemplar la prohibición de concentraciones autorizadas? Si se hubiera pensado en la posibilidad de intervenir también para endurecer las condiciones, dificultar o prohibir la concentración, ¿no se habría incluido también en la ley la

posibilidad de intervenir tras autorizaciones sin condiciones y la de prohibir concentraciones autorizadas con condiciones?

Sin embargo, esta conclusión podría ser precipitada por dos motivos:

Primero, hemos de ser conscientes de que nada impide que otras normas de Derecho nacional prevean controles, o incluso autorizaciones previas de otras autoridades -sectoriales o no- basadas en otras consideraciones de interés general distintas a la competencia. En tales casos, una concentración autorizada por la CNMC podría no superar (o hacerlo solo con condiciones) otros controles. Siempre que esos controles sean legales, no habría nada que objetar. Lo que no es posible es utilizar el procedimiento previsto en el 60.1 LDC para esta intervención gubernamental, pero nada impide en la práctica que puedan utilizarse otras vías y procedimientos previstos en otra normativa para prohibir una concentración autorizada por la CNMC o para imponer condiciones adicionales a las exigidas por la autoridad de competencia.

Segundo, la redacción del 60.1 y 3 LDC no descarta además que, sin llegar a prohibir una concentración autorizada con condiciones por la CNMC, de facto se obtenga el mismo resultado al imponer condiciones insalvables. No parece ser la lógica de la disposición, como antes hemos explicado, pero literalmente este tipo de intervención no está descartada.

Teniendo todo esto en cuenta, parece que el sentido de la limitación a la intervención gubernamental prevista en el 60.1 y 3 LDC, quiere simplemente dejar claro en qué casos la prohibición o las condiciones impuestas por la CNMC podrían no respetarse. No cabe interpretar que se cierra el paso a prohibiciones o imposiciones de condiciones adicionales a una concentración que deriven de otras normativas y se encaucen por otros procedimientos.

En conclusión, la redacción de los artículos 60.1 y 3 parece sugerir que tendencialmente el gobierno será más permisivo que la CNMC, en el sentido de sacrificar la competencia por otros intereses generales. Normalmente pues se suavizarán condiciones impuestas por la CNMC o, más improbablemente, se autorizaría (con o sin condiciones) una concentración prohibida por la CNMC. No cabe, sin embargo, excluir intervenciones gubernamentales en la dirección contraria. Tampoco cabe olvidar que otras normativas,

controles o procedimientos distintos a los previstos en la LDC pueden acabar dificultando o impidiendo una concentración autorizada por la CNMC.

Tercera.- Los motivos que justifican la intervención gubernamental son, según el artículo 10.4 y 60 LDC, “criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia”. En particular, se mencionan la defensa y seguridad nacional, la protección de la seguridad o salud públicas, la libre circulación de bienes y servicios en el territorio nacional, la protección del medio ambiente, la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico y la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

La enumeración se acortó en el texto definitivo en relación al anteproyecto y al proyecto de ley. En concreto, se cayeron finalmente del listado “la protección de los derechos y libertades constitucionales” (previsto en el anteproyecto y no ya en el proyecto), “la unidad del mercado nacional y equilibrio territorial”, “políticas sociales”, y “protección del pluralismo informativo” (todos ellos previstos tanto en el anteproyecto como en el proyecto pero no ya en el texto definitivo de la ley). Esta reducción es, sin embargo, poco trascendente por dos motivos. Primero, muchas de los motivos que desaparecieron tienen cabida, total o parcialmente, en algunas de las otras categorías. Por ejemplo, la protección del pluralismo informativo podría encajar en la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de regulación sectorial, o la unidad de mercado podría en parte encajar en la libre circulación de bienes y servicios en el territorio nacional. Segundo, y más importante, la lista no es exhaustiva. Se habla de “criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia” y solo a continuación se dice, “en particular” y se da el listado, a título meramente ejemplificativo. Nada impide pues al gobierno invocar otros criterios que juzgue de interés general aunque no estén incluidos en el listado.

La dificultad reside en comprender que es a estos efectos “interés general”. Más allá de que han de ser “criterios distintos de la competencia” (que por cierto también es un interés general), poca información más está a nuestra disposición. El hecho de que el listado de motivos no sea exhaustivo, ahonda en la dificultad. Es verdad que el listado nos ofrece al menos una orientación de lo que sí es considerado sin duda interés general

pero dejando muchas incertidumbres sobre qué otros motivos podrían ser considerados de interés general.

Tres bloques de intereses parecen tener cabida clara: los intereses públicos tradicionales o consolidados de nuestro Estado de Derecho y bienestar, los derivados de regulación sectorial y la libre circulación (el libre comercio) en el territorio nacional. Entre los primeros, se mencionan expresamente y tienen por tanto clara cabida los de defensa y seguridad nacional, seguridad y salud pública, medio ambiente, promoción de la I & D y el desarrollo tecnológico. Más dudas podrían generar, al no aparecer mencionados, otros motivos similares tales como protección del consumidor, protección social y empleo o la promoción de la cohesión económica y social. Aunque no aparezcan expresamente, es difícil negar que son tan intereses generales como los mencionados. Entre los segundos, la gama de motivos es amplia y remite a normas sectoriales. Desde luego incluiría cuestiones tales como, por ejemplo, el pluralismo informativo o la supervisión prudencial de entidades financieras. Por último, la garantía del libre comercio en el territorio nacional se ha introducido como una especie de motivo sui generis que permita al gobierno ponderar entre libre competencia y libre circulación. El ámbito Unión Europea nos ofrece ejemplos de conflictos, reconciliación y ponderación de estos intereses.

Más allá de estos tres bloques, ¿podrían llegar también a tener cabida otros motivos de lo que podríamos denominar política industrial en sentido estricto? ¿Podría el gobierno intervenir por ejemplo para favorecer o promover el crecimiento o la consolidación industrial de un determinado sector u operador? ¿Y para bloquear la adquisición de un campeón nacional por parte de una compañía extranjera? ¿Y para reducir los obstáculos a la creación o consolidación de un campeón nacional o europeo?

Empecemos por descartar que estos motivos, en particular los dos últimos, puedan ser invocados explícitamente como motivos de interés general del artículo 10.4 LDC. El proteccionismo industrial que conllevan no parece encajar con el tipo de motivos que se enuncian en el mencionado artículo, además de poder violar normas europeas e internacionales.

Cuestión distinta es que, sin ser mencionados, puedan ser la razón de ser oculta de determinadas intervenciones gubernamentales. Cuando la intervención gubernamental tenga por resultado impedir la adquisición de un campeón nacional por parte de una

compañía extranjera o facilitar la creación o consolidación de un campeón nacional o europeo, la sospecha de razones ocultas será inevitable y la polémica estará servida.

Con respecto al bloqueo de la toma de control sobre un campeón nacional, dado el carácter reactivo del control de concentraciones y el limitado ámbito de intervención gubernamental, la vía de los artículos 10.4 y 60 LDC no parece ser el mejor instrumento en manos del gobierno. Parecerían más útiles otros mecanismos de regulación sectorial, de control de inversiones extranjeras (principalmente las no comunitarias), de mecanismos informales de presión y disuasión sobre los inversores, o de promoción de proyectos de concentración alternativos y contrarios a la inversión propuesta. Por tanto, no parece que la vía del artículo 60 LDC vaya a ser muy utilizada para esto, aunque podría existir la tentación en alguna ocasión.

Con respecto a la creación o consolidación de un campeón nacional o europeo, la vía de los artículos 10.4 y 60 LDC parece mucho más idónea. Efectivamente, a través de un levantamiento o suavización de las condiciones impuestas por la autoridad de competencia, el gobierno podría estar facilitando una concentración llamada a crear o consolidar un campeón nacional o europeo, que quizás no se habría podido materializar sin la intervención gubernamental o por lo menos solo con mayores desventajas para el campeón nacional o europeo afectado. Así pues, el riesgo aquí parece más alto.

Que las tentaciones o riesgos mencionados se materialicen dependen de, en primer lugar, la actitud del gobierno –en particular de su capacidad de autolimitación-, de su resistencia a las posibles presiones e intentos de captura de los operadores afectados. Además, en segundo lugar, dependerán en gran medida de la efectividad de los mecanismos de supervisión –en última instancia de revisión judicial- de las decisiones gubernamentales. A este aspecto, está dedicado el siguiente apartado.

Cuarta.- Caso de intervención del gobierno, la decisión deberá estar suficientemente motivada. En efecto, el artículo 60.3 LDC establece dos salvaguardias que parecen intentar evitar injerencias excesivas: en primer lugar, que el acuerdo del Consejo de Ministros que modifique la decisión de la CNMC “deberá estar debidamente motivado en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia”, y en segundo lugar, que antes del acuerdo se podrá solicitar informe a la CNMC para conocer y valorar su opinión sobre la distorsión de competencia que tal modificación genere. La segunda salvaguardia es facultativa para el Consejo de Ministros: ni es obligatorio

solicitarlo ni vincula al propio Consejo por lo que su efecto es limitado, aunque interesante. La primera salvaguardia, sin embargo, es imperativa. Su alcance, no obstante, depende en buena parte del grado de discreción que se deje al Consejo de Ministros, lo que a su vez viene claramente delimitado por la efectividad del control jurisdiccional que se pueda ejercer sobre dichas medidas gubernamentales. A este respecto, parece que decisión del Consejo de Ministros tendría, sin duda, naturaleza discrecional por requerir una valoración y ponderación de intereses compleja de diferentes intereses generales¹. Por otro lado, la obligación de motivación claramente nos hace ver que la decisión no puede ser arbitraria. Ahora bien, entre un cierto margen de discrecionalidad y la arbitrariedad hay todo un mundo. Lo difícil es identificar en qué parte de ese territorio nos vamos a mover en la práctica.

En mi opinión, el Gobierno tendría que: primero, identificar los otros intereses generales en virtud de los que decide intervenir; segundo, justificar convincentemente por qué es necesario modificar la decisión de la CNMC para proteger esos otros intereses generales; y tercero, como corolario a lo anterior, valorar en qué medida no se puede conseguir lo mismo con propuestas que supongan una menor distorsión de la competencia. Se trata pues de explicar cómo se respetan los principios básicos de necesidad y proporcionalidad. No se debe de olvidar que la regla general debe ser la no intervención y solo con carácter extraordinario debería aplicarse la excepción. Tal y como recordaba el entonces Presidente de la autoridad de competencia, Luis Berenguer, “la cláusula...se consideraba, en opinión de los autores del proyecto, residual y de activación excepcional”². Si es factible la reconciliación de los diversos intereses generales con las medidas propuestas por la autoridad de competencia, no debería haber injerencia. Y si no fuese posible, la modificación de la decisión de la CNMC debería ser lo menor posible, solo en la medida indispensable y buscando las alternativas menos dañinas para la competencia, para lo cual pedir y escuchar la opinión de la CNMC parecería muy útil. Que estos parámetros se hayan cumplido debería guiar la revisión jurisdiccional que de tal injerencia se hubiera de realizar.

¹ En este sentido, vid. FOLGUERA CRESPO, J. y VIDAL MARTÍNEZ, P., “Artículo 10: Criterios de valoración sustantiva”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas/Thomson Reuters, 3ª ed., Madrid, 2012, pp. 539 y ss; DÍEZ ESTELLA, F. y 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 *Revista La Ley*, nº 31 Nueva Época- Ene.-Feb. 2013, pp. 11-22, especialmente p. 21.

² BERENGUER, L., “Por sus obras los conoceréis”, *El País*, jueves 13 de septiembre de 2012, p. 27.

2.3. La práctica: el caso Antena 3-La Sexta

De conformidad con su carácter excepcional, el poder de injerencia del Consejo de Ministros permaneció inédito desde la entrada en vigor de la ley, el 1 de septiembre de 2007, hasta que en agosto de 2012 el Consejo de Ministros por primera vez decidió suavizar las condiciones impuestas por la entonces CNC para autorizar la concentración entre Antena3 y La Sexta. Curiosamente, tras casi cinco años sin usarse por parte de los gobiernos socialistas que defendieron esta cláusula en la tramitación parlamentaria de la LDC, vino a utilizarla el gobierno de Mariano Rajoy cuyo partido había luchado contra la inclusión de este poder en el Parlamento.

En cualquier caso, lo interesante es analizar cómo se ha utilizado este poder en este primer caso: en particular, cuál ha sido la motivación del Consejo de Ministros y cuál la revisión jurisdiccional de dicha intervención.

El contexto y los hechos relevantes.- A finales de 2011, las cadenas españolas de televisión Antena3 y La Sexta llegaron a un acuerdo para fusionarse que notificaron a la CNC. Dado que había varias compañías extranjeras involucradas y que la operación tenía dimensión comunitaria, la CNC decidió abstenerse de tramitar el expediente en favor de la Comisión europea. Las partes solicitaron entonces a la Comisión europea el reenvío a la autoridad española porque, a pesar de tener dimensión comunitaria, afectaba al mercado español que presentaba todas las características de un mercado definido de conformidad con el artículo 4.4 del Reglamento 139/2004. Dicha solicitud fue aceptada y el caso pues volvió definitivamente a la autoridad española quien resolvió autorizar la operación con condiciones en segunda fase en julio de 2012.

Las condiciones impuestas por la CNC pretendían preservar la competencia en diversos mercados del sector audiovisual en España, sobre todo en el mercado de publicidad en televisión. Las condiciones fueron consideradas como muy gravosas por las partes, en especial por ser más duras que los compromisos que habían permitido dos años antes la autorización de la otra gran concentración reciente en el sector, la de Telecinco y Cuatro. Tras analizar las condiciones, Antena3 y La Sexta anunciaron que no ejecutarían su acuerdo de fusión por considerar que las condiciones menoscababan

seriamente las posibilidades de competencia de la entidad fusionada y por tanto hacían inviable o inconveniente la concentración³.

Ante tal anuncio, el Ministro de Economía decidió elevar la decisión al Consejo de Ministros el 31 de julio de 2012 quien finalmente decidió el 24 de agosto autorizar con condiciones la fusión, pero suavizando dichas condiciones en el sentido de equipararlas básicamente a las que se habían impuesto dos años antes en la fusión Telecinco-Cuatro, de conformidad con lo que venían solicitando Antena3 y la Sexta⁴. Tras la decisión del Consejo de Ministros, las partes decidieron retomar su acuerdo y ejecutaron la fusión en octubre.

En ese mismo mes, la Asociación Española de Anunciantes (AEA) y el Grupo Intereconomía anunciaron la próxima interposición de sendos recursos contra la decisión del Consejo de Ministros ante el Tribunal Supremo. La AEA terminó retirando el recurso por haber llegado a un acuerdo con Antena3-la Sexta. El recurso del Grupo Intereconomía, sin embargo, fue admitido a trámite por el Tribunal Supremo (TS) en enero de 2013. El Grupo Intereconomía solicitó además la suspensión provisional de la fusión. Aunque el TS rechazó en abril dichas medidas cautelares, su pronunciamiento no tiene desperdicio y merece estudio pues, a título provisional, reconoce la apariencia de buen derecho de la impugnación y levanta serias dudas sobre la validez del acuerdo del Consejo de Ministros. Al final, el Grupo Intereconomía acabó retirando también el recurso por haber llegado a un acuerdo en materia cinematográfica con el grupo de Antena3. Desafortunadamente pues, y más allá del auto en el que el TS se pronuncia sobre las medidas cautelares, no disponemos de una revisión jurisdiccional final del fondo de la decisión del Consejo de Ministros.

La motivación de la decisión del Consejo de Ministros.- El asunto fue elevado al Consejo de Ministros por el Ministro de Economía a petición y previo informe razonado del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Los motivos para la intervención que se invocaron tanto en dicho informe como en el acuerdo final del Consejo de Ministros se referían a la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de regulación

³ Véase apartado tercero de la exposición en el Expediente CE-007/12, Ministerio de Economía y Competitividad.

⁴ Expediente CE-007/12, Ministerio de Economía y Competitividad, disponible en http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/Texto_web_ACM.pdf

sectorial (letra f, del artículo 10.4 LDC) así como, indirectamente, los de promoción de la investigación y del desarrollo tecnológico (letra e, del artículo 10.4 LDC). El eje motriz de la argumentación es que la concentración entre Antena3-La Sexta favorecía dos objetivos de regulación sectorial (por un lado, el aseguramiento de la ejecución del Plan de liberación del dividendo digital y por otro lado, el pluralismo informativo) lo que a su vez promovía la innovación y el desarrollo tecnológico de un sector, el de telecomunicaciones y audiovisual, con un importante impacto para el crecimiento de la economía. El Consejo de Ministros parte de la premisa de que, con las condiciones impuestas por la CNC, la concentración proyectada no se ejecutaría. Decide pues alterarlas, tal y como solicitaba Antena3, suavizar las condiciones y equiparlas a las impuestas en la fusión precedente Telecinco-Cuatro, para conseguir que la fusión siguiese adelante y con ella, en su opinión, se facilitase el plan de liberación del dividendo digital y se contribuyese al pluralismo informativo.

Con respecto al primer interés general invocado, el razonamiento del Consejo de Ministros se enmarca en la necesidad de facilitar una rápida liberación del llamado dividendo digital, es decir la liberación de frecuencias del espacio radioeléctrico que utilizaban las televisiones para un mejor y más rápido despliegue de las redes móviles 4G. A juicio del Consejo de Ministros, para esa rápida liberación son fundamentales dos cuestiones directamente relacionadas con el devenir de la concentración Antena3-La Sexta. En primer lugar, la liberación requiere un acuerdo con los titulares de las licencias de televisión que han de dejar libres parte de esas frecuencias. Para ello, el Consejo presume que es conveniente un contexto sin incertidumbres sobre la evolución de los operadores titulares actuales de las licencias y una regulación simétrica para todos los operadores (mismas limitaciones y condicionantes equivalentes en la asunción de costes por implantación del dividendo digital, así como condiciones simétricas para obtener ingresos por publicidad). En segundo lugar, defiende que un escenario con operadores de mayor tamaño es especialmente favorable al nuevo plan y a una liberación más rápida dado que los operadores con 2 licencias (como sería el caso de Antena3-La Sexta si se fusionasen) tienen mayor flexibilidad para la emisión de sus contenidos y para asumir modificaciones en la disposición del espectro, y además tienen también mejor disposición para la innovación tecnológica. Así pues -concluye el Consejo de Ministros-, la inviabilidad de la fusión dificulta la liberación del dividendo

digital, la gestión más eficiente del espectro radioeléctrico y por tanto una adecuada reordenación del sector.

Con respecto al pluralismo informativo, la argumentación del Consejo de Ministros se basa en que la fusión Antena3-La Sexta, lejos de ir contra el pluralismo informativo al reducir el número de operadores independientes, favorece ese pluralismo. Sintéticamente, el Consejo considera que La Sexta no podría mantenerse en el mercado, o al menos asumiría un futuro muy incierto, sin la fusión. Defiende que la entidad fusionada, con su mayor dimensión y las posibilidades de aprovechar las economías de escala, asegura la supervivencia económica de ambas televisiones. Dado que existe un compromiso de Antena3 de respetar la línea editorial independiente de la Sexta, la fusión garantizaría mejor el mantenimiento de las dos líneas de programación con dos públicos objetivos diferentes y por tanto un mayor pluralismo.

El ‘limitado’ control judicial.- El acuerdo del Consejo de Ministros fue recurrido inicialmente por un grupo de posibles clientes de la nueva entidad fusionada –la Asociación española de Anunciantes- y por un competidor -Grupo Intereconomía-. Ambos no estaban de acuerdo con la suavización de las condiciones porque dañaban sus intereses (especialmente en el mercado de la publicidad) y ambos terminaron retirando sus recursos previo acuerdo y concesiones del del grupo Antena3. No recurrió, sin embargo, el operador que más perjudicado podría sentirse, Telecinco-Cuatro. Todo ello, nos ha privado de poder tener una revisión jurisdiccional del fondo a título principal por parte del TS. Lástima porque hubiera podido aportar notables aclaraciones sobre los límites del poder de injerencia del gobierno en este tipo de asuntos tras la nueva LDC así como sobre el tipo de control jurisdiccional al que está sometido. Solo nos ha permitido conocer una revisión del fondo a título preliminar, en el marco del pronunciamiento sobre las medidas cautelares solicitados por el Grupo Intereconomía.

Efectivamente, el auto del TS en el que resuelve las medidas cautelares, analiza la apariencia de buen Derecho de la solicitud del Grupo Intereconomía y por tanto, aunque sea a título provisional y sin prejuzgar la solución final, se pronuncia sobre el fondo del asunto. El razonamiento del TS no tiene desperdicio y, con expresiones muy tajantes, viene a decir que el Consejo de Ministros ha abusado del poder de intervención recogido en el artículo 10.4 y 60 LDC. Dice el TS que:

“... **existen sólidas razones** para apreciar en este caso la apariencia de buen derecho de la impugnación de fondo”.

“los motivos esgrimidos por el Consejo de Ministros [...] tienen un **muy débil apoyo argumental "real"** para justificar su intervención y que dicho acuerdo en último extremo parece (y de nuevo empleamos el término "apariencia" sin prejuzgar la solución final) obedecer al designio de alterar parte de las condiciones impuestas por la Comisión Nacional de Competencia precisamente por **razones atinentes a la propia defensa de la competencia, lo que proscribe el artículo 60, apartado tres, letra b), de la Ley 15/2007**”.

“Es cierto que el acuerdo en sí mismo se adopta como fundado en y motivado por razones de interés general distintas de la defensa de la competencia. Pero las dos en él expuestas a título de "objetivos sectoriales a proteger" (esto es, la facilitación del proceso de reordenación del espectro radioeléctrico dentro del proceso de liberación del dividendo digital, ligada al fomento de la investigación y desarrollo tecnológico, por un lado, y el mantenimiento del pluralismo informativo, por otro) **presentan, ya a primera vista, inconsistencias e insuficiencias de justificación tales que permiten, razonablemente, poner en duda su viabilidad jurídica**”⁵.

El TS viene a decir que la motivación del Consejo de Ministros no es ni suficiente ni convincente (e incluso inconsistente), que no parece demostrado que fuese necesario suavizar las condiciones para liberar el dividendo digital ni proteger el pluralismo informativo ni ningún otro motivo distinto de la defensa de la competencia. Incluso el TS parece decir que los motivos reales de la intervención del Consejo de Ministros son consideraciones de defensa de la competencia, lo que está expresamente prohibido por la LDC. Todo ello le hace concluir, siempre a título provisional, que el Consejo habría cometido una injerencia excesiva que haría nulo su acuerdo.

⁵ Razonamiento jurídico 3º del Auto TS 3206/2013 de 11 de abril de 2013, asunto fusión Antena3-La Sexta.

Poder de intervención en caso de reenvío.- El asunto Antena3-La Sexta presenta otra particularidad digna de análisis. Se trata de una concentración de dimensión comunitaria por lo que inicialmente la autoridad competente era la Comisión europea y la normativa aplicable el Reglamento 139/2004 y sus normas de desarrollo. Sin embargo, las partes notificantes decidieron solicitar a la Comisión europea el reenvío total de la operación de conformidad con el artículo 4.4 del mencionado reglamento comunitario para que fuese examinada por la autoridad española. La Comisión en efecto aceptó y realizó el reenvío. Esto es lo que suscita la pregunta que se ha de resolver en este apartado: en estos casos de reenvíos, ¿cabe también utilizar por parte del Gobierno el artículo 10.4 y 60 LDC como si se tratara de una concentración de dimensión nacional o, si el Gobierno quisiera invocar un interés general para intervenir, debiera de someterse al régimen del artículo 21.4 del Reglamento 139/2004?

La cuestión no es baladí y tiene muy importantes consecuencias prácticas puesto que ambos regímenes, aun persiguiendo objetivos análogos, presentan diferencias significativas. En primer lugar, los intereses generales reconocidos como legítimos son distintos. Frente al listado del artículo 10.4 LDC, el artículo 21.4 del Reglamento comunitario menciona expresamente “la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales”. Tal y como dice el tenor literal de esta disposición, si el Estado miembro quiere invocar cualquier otro interés público, éste “deberá ser comunicado por el Estado miembro [...] a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas”. Así pues, será necesaria una decisión de autorización previa por parte de la Comisión previo análisis del fondo de las medidas y comprobación de que respetan, entre otros, los principios de necesidad y proporcionalidad. En segundo lugar, el poder de intervención de los Estados bajo el artículo 21.4 del Reglamento no les habilita, en ningún caso, a autorizar una concentración prohibida por la Comisión ni a suavizar o modificar las condiciones impuestas por la Comisión⁶. No se debe olvidar que la decisión de la Comisión es Derecho comunitario que debe ser respetado a nivel nacional. Los Estados, por tanto, estarían solo habilitados, por otros intereses generales,

⁶ Véase en este mismo sentido DÍEZ ESTELLA, F. y CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., cit. supra, p. 20, así como DRAUTZ, G. & JONES, C. (eds.), *EU Competition Law, Vol.II, Mergers & Acquisitions*, Claeys & Casteels, 2006, p. 142.

bien a prohibir una concentración autorizada por la Comisión o bien a imponer condiciones adicionales a las ya impuestas por la Comisión europea.

En el caso Antena3-La Sexta, se invocaron intereses generales distintos de los previstos expresamente en el 21.4 (en particular la liberación del dividendo digital como objetivo de regulación sectorial) por lo que, de ser ésta la disposición aplicable, se debiera de haber solicitado autorización previa a la Comisión y no se hizo. Igualmente el Gobierno suavizó las condiciones impuestas en la decisión de la autoridad de competencia por lo que tampoco se limitó a las posibilidades que parecen deducirse del 21.4. Caso pues de ser esta la disposición aplicable, se habría producido una clara violación de la normativa comunitaria.

Ahora bien, ¿es el 21.4 la disposición aplicable o, al remitir el caso, la LDC en su integridad, incluyendo sus artículos 10.4 y 60, son los únicos aplicables? La respuesta no es sencilla y no ha sido resuelta todavía ni por la Comisión ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El artículo 4.4 del Reglamento es ambiguo al establecer que la remisión al Estado miembro se hará “con objeto de que se aplique su normativa nacional en materia de defensa de la competencia”. Esa normativa en materia de defensa de la competencia ¿es la LDC del país o solo parte de esa ley, la que aplique estrictamente consideraciones de defensa de la competencia? Más clarificador parece el artículo 9.8 del Reglamento cuando establece que en caso de remisión “el Estado miembro [...] solo podrá adoptar las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer la competencia efectiva en el mercado en cuestión”. El artículo 21. 3 insiste en la misma línea diciendo que “Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria”, sin perjuicio de que en caso de reenvío, el Estado miembro pueda adoptar “las medidas estrictamente necesarias en aplicación del apartado 8 del artículo 9”. Una interpretación sistemática y teleológica del conjunto de estas disposiciones podrían abogar por someter a los Estados miembros en estos casos de reenvío al régimen de fondo más estricto previsto en el artículo 21.4. Primero, porque el tenor literal de los artículos 9.8 y 21.3 avalan esta posición. Segundo, porque las concentraciones de dimensión comunitaria (incluso las que son objeto de reenvío) claramente afectan al comercio entre Estados miembros y por tanto parece razonable -a falta de disposición expresa en contra- seguir sometiéndolas al control de la Comisión. De este modo, se disuadirían y evitarían mejor medidas proteccionistas nacionales contrarias al Mercado

Interior europeo escudadas en la invocación de supuestos intereses generales. No obstante, no se puede obviar que el procedimiento aplicable para la intervención gubernamental en estos casos de reenvío es, sin duda, el del artículo 60 LDC, que éste remite a los motivos del artículo 10 LDC y no a los del 21.4 del Reglamento y que no prevé ningún trámite diferente porque el caso sea una concentración de dimensión comunitaria reenviada⁷. Así pues, la duda sobre cuál es la interpretación correcta persiste. La legalidad de la intervención del gobierno en este asunto puede también suscitar dudas desde este frente.

Conclusiones sobre el caso.- La intervención del Gobierno en la fusión de Antena3-La Sexta es, por ahora, la única aplicación de los poderes extraordinarios de injerencia previstos en los artículos 10.4 y 60 LDC. Una intervención en casi 7 años de vigencia de la nueva LDC. Podemos pues decir que, cuantitativamente al menos, se ha respetado el carácter excepcional o residual con el que se diseñó. Parece confirmarse también que la injerencia tenderá normalmente a flexibilizar el control de concentraciones ejercido por la autoridad de competencia, probablemente suavizando las condiciones de autorización impuestas por la CNMC, como ha ocurrido en este asunto. Como no podía ser de otro modo, formalmente se han invocado otros intereses generales distintos a la competencia, tanto de los enumerados expresamente en el listado del artículo 10.4 LDC (regulación sectorial –plan de liberación del dividendo digital-, investigación y desarrollo tecnológico) como otros en ellos subsumibles (pluralismo informativo). Se ha procedido además a intentar motivar la injerencia de forma relativamente extensa: casi 7 páginas sobre el plan de liberación del dividendo digital y 5 sobre pluralismo informativo, todo ello por iniciativa y previo informe de un ministerio sectorial como el de Industria, Energía y Turismo. Se solicitó también el informe de la CNC sobre la suavización de las condiciones. Desde una perspectiva estrictamente formal, por tanto, se ha respetado el modelo de separación: la CNC resolviendo sobre las consideraciones de defensa de la competencia y el Consejo de Ministros interviniendo en base a otras consideraciones de interés general. Formalmente, se han respetado también el deber de

⁷ Y ello a pesar de que el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de LDC (nº ref. 1080/2006) había explicitado el problema. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2006-1080>

motivación y la conveniencia de recabar la opinión de la autoridad de competencia antes de intervenir.

Muchas más dudas se plantean, sin embargo, al hacer un análisis más en profundidad, más allá de la perspectiva meramente formal. A juzgar por las opiniones doctrinales mayoritarias y sobre todo por el pronunciamiento cautelar del TS, el Gobierno ha excedido su poder de intervención: sus argumentaciones sobre las consideraciones de interés general invocadas no han convencido y han levantado por tanto la sospecha de que su injerencia estaba más basada en corregir el juicio de defensa de la competencia realizado por el organismo independiente que en otras consideraciones de interés general. El anterior Presidente de la CNC, Luis Berenguer decía en un artículo de prensa:

“La relación entre un proceso de concentración de medios y el plan de liberación del dividendo digital no creo que pueda explicarla ni quien se haya inventado tan absurdo argumento. Y en cuanto a que una concentración de medios [...] beneficie al pluralismo informativo, supera lo absurdo del anterior argumento”.

“El análisis de lo conocido de su decisión permite asegurar que el Gobierno se ha metido de hoz y coza a regular las condiciones de competencia, asumiendo plenamente la postura de los notificantes y desautorizando totalmente a la CNC, y precisamente en cuestiones de competencia”⁸.

Esta percepción es compartida en esencia por otros autores⁹ y, lo que es más importante, por la sección tercera de la sala de lo contencioso del TS como ha quedado patente del análisis de su pronunciamiento de medidas cautelares en este asunto.

Lo cierto es que el argumento del pluralismo informativo es muy forzado, además de débil. No porque el pluralismo informativo no pueda ser considerado un interés general invocable. En contra de lo que parecen sugerir otros autores, no creo que haya que atribuir un peso excesivo a la supresión de la mención expresa al pluralismo informativo

⁸ BERENGUER, L., “Por sus obras los conoceréis”, *El País*, jueves 13 de septiembre de 2012, p. 27

⁹ Véase DÍEZ ESTELLA, F. y CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., cit supra, pp. 17-22; SANCHEZ GRAELLS, A., *La intervención del Gobierno en control de concentraciones: Se ha abierto la caja de Pandora*, en <http://howtocrackanut.blogspot.co.uk/2012/09/la-intervencion-del-gobierno-en-control.html>;

SANTALÓ, J., “La monopolización como moneda de cambio: El Gobierno y la fusión entre Antena 3 y la Sexta”, en el blog *Nada es gratis*, <http://www.fedeablgqs.net/economia/?p=24384>.

durante la tramitación parlamentaria de la LDC¹⁰. Por el contrario, creo que sigue siendo un interés general perfectamente invocable como cualquiera de los otros listados en el artículo 10.4 LDC y cuando menos subsumible en los objetivos de regulación sectorial. Prueba de ello es que la normativa comunitaria lo contempla expresamente como un interés general en el artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones (Reglamento 139/2004). La razón de mi juicio reside en la evaluación del Consejo de Ministros sobre la necesidad y proporcionalidad de intervenir para garantizar el pluralismo informativo. El Consejo de Ministros lo basó en que la línea editorial de La Sexta no podría mantenerse sola y tenía más posibilidades de sobrevivir si Antena3 la absorbía. Ahora bien, no se entra a analizar en profundidad por qué La Sexta no podría sobrevivir sola y sobre todo por qué no podría haber otras opciones de compras o alianzas alternativas que respetasen más a la vez la competencia y el pluralismo informativo. Es obvio que ni las partes notificantes ni la propia CNC consideraban que la Sexta fuese una empresa en crisis llamada a desaparecer salvo fusión con Antena3 porque de lo contrario tal argumento hubiera sido utilizado y hubiera podido servir para autorizar más fácilmente la operación de concentración en sede de competencia¹¹. Además, si el pluralismo informativo hubiera sido verdaderamente el interés general subyacente se hubiera impuesto como condición a la autorización por parte del Consejo de Ministros el compromiso de mantener la autonomía de la línea editorial de La Sexta, lo que no se hizo. Así pues, el argumento del pluralismo informativo es, en mi opinión, poco convincente por ser inconsistente, demasiado forzado y, cuando menos, quedarse corto de motivación.

Con respecto a la motivación relativa a la liberación del dividendo digital, no hay duda alguna de que se trata también de un interés general invocable dentro de los objetivos de regulación sectorial. El Gobierno expone adecuadamente su importancia, su necesidad y su contribución al interés general. Sin embargo, es mucho menos convincente en lo que se refiere a la necesidad e indispensabilidad de suavizar las condiciones impuestas por la CNC para poder desarrollar con éxito el nuevo plan de liberación digital en España. La motivación es, desde luego, menos disparatada que la relativa al pluralismo informativo. Siendo generoso, podría incluso llegarse a aceptar que el Gobierno haya

¹⁰ Tanto BERENGUER, cit. supra, como DÍEZ ESTELLA, F. y CRESPO LASSO DE LA VEGA, D., cit supra, p. 22, parecen sugerir que tal supresión se hizo porque el legislador no lo consideró como una justificación suficiente de interés general.

¹¹ A través de la utilización de la llamada excepción de empresa en crisis, la

visto en la ejecución de la fusión una oportunidad, un escenario más favorable a articular una nueva vía para la más rápida liberación del dividendo digital. Es cierto que la aprobación de la fusión daba mayor estabilidad a los grandes operadores del sector, a la estructura del mercado (aunque, a juzgar por el recurso ante el TS, ha estado a punto de generar una tremenda inseguridad en el sector) y también que probablemente la fusión facilitaba futuras exigencias en la liberación de frecuencias a la nueva entidad fusionada y sus competidores. De todas maneras, las conexiones y saltos argumentales son evidentes. En particular, hay pocas explicaciones de por qué es necesaria una regulación simétrica (mismas condiciones para Telecinco-Cuatro que Antena3-la Sexta) más allá de la negativa de Antena3 a aceptar las condiciones impuestas por la CNC, de por qué es indispensable la fusión para una correcta y rápida liberación el dividendo digital y de por qué no hay otros escenarios alternativos que reconcilien mejor los diversos interés generales en juego incluido los derivados de la defensa de la competencia en el mercado. Lo cierto es que, a juicio de la CNC (la competente para este análisis), la intervención del Gobierno ha generado un daño excesivo a la competencia, y está por ver si la injerencia contribuye decisivamente a la liberación del dividendo digital e incluso si esto fuera así, probablemente nunca se sabrá si éste el mejor camino o se hubieran podido conseguir avances similares por otras vías. Mientras, además del daño a la competencia, se han levantado sospechas sobre injerencias excesivas y sobre una cierta desconfianza del organismo independiente, con las inseguridades que todo eso conlleva. Es dudoso pues que la intervención haya merecido la pena. La primera lección a extraer por el Gobierno es que no cabe minusvalorar la importancia del ejercicio de auto-limitación que debe presidir su actuación en este ámbito, así como la necesidad de una exquisita y muy detallada motivación en los casos muy excepcionales en que juzgue indispensable la intervención.

Esta conclusión se ve reforzada tras el análisis del pronunciamiento del TS. Aunque solo ha habido pronunciamiento cautelar, el auto del TS apunta a que el control de las injerencias va a ser estricto y que el TS no se va a dar por conforme con facilidad. No cabe duda de que la retirada del recurso, a pesar de que el TS anticipaba con claridad una resolución favorable, nos ha privado de una sentencia de fondo que hubiera sido muy importante para delimitar en la práctica los límites al poder de intervención del Gobierno y el alcance de la revisión jurisdiccional en este ámbito. Desde este punto de vista, ha sido una gran oportunidad perdida. En cualquier caso, debe ser interpretado

como un serio toque de atención al Gobierno por parte del TS. Teniendo en cuenta las gravísimas consecuencias que una sentencia de nulidad podría haber generado y lo cerca que se ha estado de ella, toda preocupación en el futuro es poca. También es cierto que este asunto confirma una vez más que, en la práctica, sobre todo en un ámbito tan sensible como el de control de concentraciones, las partes no pueden mantener la incertidumbre de un proceso judicial e intentarán evitar que ese proceso se alargue buscando acuerdos extrajudiciales que lo resuelvan.

Además, el hecho de que la concentración fuese de dimensión comunitaria, aunque reenviada a la CNC, plantea dudas adicionales sobre la legalidad de la intervención gubernamental sin haber solicitado autorización previa de la Comisión europea.