



Roj: **ATS 3206/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3206A**

Id Cendoj: **28079130032013200021**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/04/2013**

Nº de Recurso: **5/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a once de abril de dos mil trece.

HECHOS

Primero.- "Intereconomía Corporación, S.A." interpuso ante esta Sala el día 10 de enero de 2013 el presente recurso contencioso-administrativo número 5/2013 contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012, confirmado en reposición el 15 de noviembre de siguiente, por el que se autoriza la operación de concentración económica Antena 3/La Sexta bajo determinadas condiciones.

Segundo.- En dicho escrito de interposición "Intereconomía Corporación, S.A." solicitó por otrosí a la Sala que:

"1º.- Suspenda cautelarmente la eficacia a) del acuerdo aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2012 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por ella contra el acuerdo del Consejo de Ministros del 24 de agosto del propio año, por el que se autoriza la operación de concentración económica entre Antena 3 y La Sexta (expediente de concentración C/0432/12 en la Comisión Nacional de la Competencia y expediente CE/007/12 en el Ministerio de Economía y Competitividad) y se dejan parcialmente sin efecto las condiciones establecidas, para ello, por la Comisión Nacional de la Competencia y b) de este último.

2º.- Acuerde, si así se tuviera por conveniente, la constitución por mi representada de la caución correspondiente, que, desde este momento, mi mandante ofrece".

Tercero.- Con fecha 14 de enero de 2013 se dictó la siguiente diligencia de ordenación:

"Por presentado el anterior escrito por el Procurador D. Luis de Argüelles González, en representación de Intereconomía Corporación, S.A., interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2012, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por Intereconomía Corporación, S.A, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 por el que se autoriza la operación de concentración económica Antena 3/La Sexta y se imponen condiciones a la misma., fórmese Rollo de Sala.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por el que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, requiérase al citado Procurador para que en el plazo de diez días presente el modelo 696 debidamente validado.

Al otrosí segundo, se tiene por solicitada la suspensión cautelar de la eficacia del acuerdo impugnado, y una vez se cumplimente el anterior requerimiento se acordará lo procedente."

Cuarto.- Con fecha 29 de enero de 2013 "Intereconomía Corporación, S.A." dio cumplimiento a dicho requerimiento aportando copia del justificante de pago telemático de la tasa correspondiente.

Quinto.- El día 30 de enero de 2013 se dictó la siguiente diligencia de ordenación:



"El anterior escrito y copia del justificante de pago telemático de la tasa correspondiente, presentados por el Procurador D. Luis de Argüelles González, en representación de Intereconomía Corporación, S.A., únanse al recurso de su razón.

Se tiene por interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2012, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por Intereconomía Corporación, S.A, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 por el que se autoriza la operación de concentración económica Antena 3/La Sexta y se imponen condiciones a la misma, el cual se admite a trámite, teniéndose por personado al Procurador D. Luis de Argüelles González, con el que se entenderán las sucesivas diligencias en concepto de recurrente.

Requírase al Ministerio de Economía y Competitividad de a fin de que en el improrrogable plazo de veinte días, bajo los apercibimientos a que se refiere el artículo 48 de la LJCA , remita el expediente administrativo correspondiente a la resolución impugnada, debiendo igualmente practicar los emplazamientos a que se refiere el artículo 49 de la referida Ley .

Habiéndose solicitado en el escrito de interposición del recurso, por medio de segundo otrosí, la suspensión cautelar de la eficacia del Acuerdo impugnado, para su tramitación incóese pieza separada de medidas cautelares."

Sexto.- Por diligencia de ordenación de esa misma fecha, 30 de enero de 2013, se dio traslado del escrito de interposición del recurso al Abogado del Estado, que presentó sus alegaciones con fecha 25 de febrero de 2013 y suplicó a la Sala que "acuerde no haber lugar a la adopción de la medida cautelar que se reclama".

Séptimo.- Por diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2013 se tuvo por personado en el recurso al Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en representación de "Antena 3 de Televisión, S.A.", en calidad de parte codemandada, y se le dio traslado por diez días para que realizara alegaciones sobre la suspensión cautelar del acuerdo impugnado.

Octavo.- Por diligencia de ordenación de 1 de marzo de 2013 se dio traslado para alegaciones al Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal en nombre y representación de "Mediaset España Comunicación, S.A."

Noveno.- Por escrito de 13 de marzo de 2013 "Antena 3 de Televisión, S.A." presentó sus alegaciones y suplicó a la Sala que "dicte auto por cuya virtud desestime la petición de la medida cautelar impetrada de adverso con base en las alegaciones y documentos anteriormente señalados".

Décimo.- Por diligencia de ordenación de 25 de marzo de 2013 se acordó:

"El anterior escrito presentado por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en representación de Antena 3 de Televisión, S.A., únanse al recurso de su razón, Pieza separada de medidas cautelares, teniéndose al mismo por evacuado el traslado conferido.

No habiéndose presentado escrito por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre y representación de Mediaset España Comunicación, S.A., se le tiene por caducado el derecho y por perdido el trámite de alegaciones sobre la suspensión cautelar del Acuerdo impugnado.

Dése cuenta al Excmo. Sr. Magistrado Ponente para que proponga a la Sala la resolución que proceda."

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.- La sociedad "Intereconomía Corporación, S.A.", que ha interpuesto el recurso número 5 de 2013, interesa de esta Sala que suspenda cautelarmente la eficacia de los acuerdos del Consejo de Ministros (de 24 de agosto y 15 de noviembre de 2012, este último desestimatorio de la reposición interpuesta contra el primero) en cuya virtud se autoriza la operación de concentración económica denominada "Antena 3/La Sexta" (expediente de concentración C/0432/12 en la Comisión Nacional de la Competencia y expediente CE/007/12 en el Ministerio de Economía y Competitividad).

La operación consistía en la adquisición por la sociedad "Antena 3 de Televisión, S.A." del control exclusivo de "Gestora de Inversiones Audiovisuales la Sexta, S.A.", mediante la compraventa del cien por cien de su capital social. Una y otra sociedad operan en el sector de la comunicación audiovisual televisiva. La concentración, de dimensión comunitaria, fue autorizada por el Consejo de la **Comisión Nacional de Competencia** el 13 de julio de 2012 sujeta a determinadas condiciones de las cuales la más relevante a los efectos del litigio es la primera, relativa a la publicidad televisiva. En relación con este sector específico la **Comisión Nacional de Competencia**



consideró necesario evitar que la entidad resultante de la fusión, con una elevada cuota de poder de mercado precisamente a causa de ella, pudiera desarrollar políticas comerciales que limitaran indebidamente la libertad de los anunciantes y agencias de medios o que excluyeran a terceros operadores de televisión en abierto.

El acuerdo originario del Consejo de Ministros, de 24 de agosto de 2012, se adoptó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia . En él se imponen determinadas condiciones que se apartan de las fijadas por el Consejo de la **Comisión Nacional de Competencia** en su decisión autorizatoria previa (en segunda fase), tras estimar el Consejo de Ministros que existían "razones de interés general distintas de la defensa de la competencia" para justificar la concentración en los términos que finalmente acordaba.

El Consejo de Ministros, en efecto, mantuvo las condiciones segunda (sobre la televisión en abierto), tercera (sobre la adquisición de contenidos audiovisuales) y cuarta (sobre las obligaciones de presentar periódicamente información) aprobadas por la **Comisión Nacional de Competencia** en su resolución de 13 de julio de 2012 pero modificó sensiblemente, "suavizándolas", las relativas a la publicidad televisiva (condición primera). Redujo, además, el plazo de vigencia de todas ellas de cinco a tres años.

Segundo. - Las alegaciones que "Intereconomía Corporación, S.A." aduce en apoyo de su pretensión cautelar se contienen en dos apartados del escrito de interposición del recurso. En el primero de ellos (folios 4 a 14), bajo la rúbrica " *periculum in mora* e intereses en juego", expone los perjuicios que a su juicio derivan del acuerdo impugnado. En el segundo (folios 15 a 48 del mismo escrito procesal), bajo la rúbrica "aparición de buen derecho de la pretensión deducida", desarrolla los argumentos que considera pertinentes para demostrar, incluso a simple vista, la disconformidad a Derecho del acuerdo del Consejo de Ministros. Como es fácilmente perceptible, y no sólo desde el punto de vista cuantitativo, el mayor peso de sus alegaciones descansa sobre estos últimos argumentos.

Tercero.- La Sala considera que, efectivamente, existen sólidas razones para apreciar en este caso la aparición de buen derecho de la impugnación de fondo, al menos en un primer y provisional examen circunscrito al ámbito del incidente cautelar. La presunción de la validez del acuerdo impugnado resulta -en principio, y a reserva del pronunciamiento final que sólo corresponde a la sentencia definitiva- ciertamente relativizada si se tiene en cuenta que los motivos esgrimidos por el Consejo de Ministros en su acuerdo de 24 de agosto de 2012 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 "aparición" 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, sin que en esta fase cautelar podamos, cuando todavía no se ha trabado plenamente la controversia procesal de fondo, anticipar un juicio definitivo al respecto.

Cuarto.- Consideramos, sin embargo, que la clara aparición de buen derecho de las razones en que se basa la impugnación del acuerdo, aun siendo un componente que puede resultar relevante para la decisión cautelar (véase, en este sentido, el auto del Pleno de esta Sala de 28 de abril de 2006 sobre otro acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó una operación de concentración económica), no es bastante por sí sola para adoptar la suspensión del acuerdo.

Es necesario, en efecto, a tenor de la interpretación jurisprudencial del artículo 130 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , que la ejecución del acto impugnado implique perjuicios que revistan los caracteres de irreversibilidad o muy difícil reparabilidad, como requisito para el acogimiento de la pretensión cautelar, y que la suspensión se adopte cuanto aún pueda tener efectos obstativos a la ejecución del propio acto. Y en este punto las alegaciones de "Intereconomía Corporación, S.A." no son concluyentes.

A) En primer lugar, ella misma reconoce que arrastra desde los tres últimos años sus dificultades económicas derivadas de los menores ingresos por publicidad (las condiciones asociadas a la publicidad televisiva son, como ya se ha dicho, la clave del acuerdo del Consejo de Ministros). Aunque es cierto que, a su entender, aquellas dificultades "se acentuarán drásticamente" a resultas de la concentración autorizada en los términos en que finalmente se ha producido, lo cierto es que sobre ello no hay prueba bastante y sus propios actos procesales tampoco ponen de relieve la urgencia en la adopción de la medida cautelar, pues ha dejado



transcurrir un dilatado período de tiempo desde la adopción del acuerdo del Consejo de Ministros (24 de agosto de 2012) hasta la formalización de su solicitud de suspensión (30 de enero de 2013).

B) En segundo lugar, y ligadas a lo anterior, se dan las circunstancias -puestas de relieve en el escrito de "Antena 3 de Televisión, S.A." de 13 de marzo de 2013- de que las sociedades cuya concentración resulta autorizada: a) han llevado a cabo y ejecutado, desde el segundo semestre del año 2012, su fusión por absorción, registrando ésta en el Registro Mercantil (31 de octubre de 2012) y comunicando a la Comisión del Mercado de Valores los sucesivos hechos relevantes que a ella atañen; y b) han integrado sus negocios y estructuras empresariales antes de que se procediera a la solicitud cautelar.

Siendo ello así, ha de prevalecer el criterio tradicional contrario por principio (sin perjuicio de determinados matices al respecto) a suspender en vía cautelar actos ya consumados en sus efectos. Parece más razonable no adelantar a la fase cautelar sino diferir a la finalización del proceso una eventual decisión que supondría privar de respaldo jurídico a las operaciones mercantiles formalizadas sobre la base del acuerdo impugnado, así como a la propia integración empresarial ya consumada. Las dos sociedades de cuya concentración se trata, hoy fusionadas en una sola desde el punto de vista mercantil, asumen sin embargo el riesgo -en realidad, lo asumieron desde que el acuerdo del Consejo de Ministros fue recurrido en reposición- de que dicho acuerdo sea declarado contrario a derecho, con las repercusiones que ello pueda suponer para su viabilidad empresarial.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no ha lugar a imponer las costas a la parte cuya pretensión cautelar hemos rechazado pues, a juicio de la Sala, el caso presenta serias dudas de derecho, como lo demuestra que acogemos en lo sustancial, aunque de modo no definitivo sino meramente provisional y sujeto a lo que se diga en la sentencia a la vista del ulterior desarrollo del proceso, sus argumentaciones sobre la apariencia de buen derecho de la pretensión misma.

LA SALA ACUERDA:

Desestimar la pretensión cautelar planteada por "Intereconomía Corporación, S.A." en el recurso número 5 de 2013 contra los acuerdos del Consejo de Ministros de 24 de agosto y 15 de noviembre de 2012 (este último desestimatorio de la reposición interpuesta contra el primero) en cuya virtud se autorizó la operación de concentración económica Antena 3/La Sexta (expediente de concentración C/0432/12 en la Comisión Nacional de la Competencia y expediente CE/007/12 en el Ministerio de Economía y Competitividad).

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados