

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

INFORME

EXPEDIENTE DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

C91/05 RADIOS

EMPRESA NOTIFICANTE: SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFÓNICOS
UNIÓN RADIO.

OBJETO: Integración con toma de control exclusivo de ANTENA 3 RADIO en
SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFÓNICOS UNIÓN RADIO.

ÍNDICE

| | | |
|---------|---|----|
| 1. | ANTECEDENTES..... | 4 |
| 1.1 | Remisión al Tribunal | 4 |
| 1.2 | Recepción del expediente y actuaciones del Tribunal..... | 5 |
| 1.3 | Personación y confidencialidad | 6 |
| 2. | NATURALEZA DE LA OPERACIÓN Y ANTECEDENTES | 7 |
| 2.1 | Naturaleza de la operación | 7 |
| 2.2 | Antecedentes | 9 |
| 3. | APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.. | 15 |
| 4. | PARTES INTERVINIENTES EN LA OPERACIÓN | 15 |
| 4.1 | Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.L. (Unión Radio) | 15 |
| 5. | INFORMACIÓN DE TERCEROS Y ALEGACIONES..... | 24 |
| 5.1 | El informe de la CMT | 24 |
| 5.2 | Las observaciones de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio | 27 |
| 5.2.1 | El escrito de 21 de septiembre de 2005..... | 27 |
| 5.2.2 | El escrito de 14 de octubre de 2005 | 29 |
| 5.3 | El informe del Consejo del Audiovisual de Cataluña | 30 |
| 5.4 | Otras observaciones | 35 |
| 5.5 | Alegaciones de UNIPREX, S.A. (ONDA CERO RADIO)..... | 35 |
| 5.6 | Alegaciones del notificante | 36 |
| 5.6.1 | El escrito de notificación..... | 36 |
| 5.6.2 | Los escritos de alegaciones | 44 |
| 5.6.2.1 | El escrito de 12 de diciembre de 2005 | 44 |
| 5.6.2.2 | El escrito de 19 de diciembre de 2005 | 46 |
| 6. | MERCADOS RELEVANTES | 50 |
| 6.1 | Delimitación de los mercados relevantes | 50 |
| 6.2 | Mercado de producto | 51 |
| 6.3 | Mercados geográficos..... | 55 |
| 7. | ESTRUCTURA DE LOS MERCADOS AFECTADOS..... | 56 |
| 7.1 | Características del modelo de negocio de la prestación de servicios radiofónicos..... | 56 |
| 7.2 | El mercado de la venta de espacios publicitarios en radio..... | 57 |
| 7.2.1 | Estructura de la oferta | 57 |
| 7.2.2 | Estructura de la demanda | 61 |
| 7.2.3 | Otros..... | 63 |
| 7.3 | La audiencia de programas radiofónicos | 64 |
| 7.4 | La capacidad de emisión | 67 |
| 8. | BARRERAS A LA ENTRADA..... | 69 |
| 8.1 | Consideraciones preliminares..... | 69 |
| 8.2 | Análisis de las barreras de entrada aplicable a esta operación | 70 |

| | | |
|-------|--|----|
| 9. | EFFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA | 73 |
| 9.1 | Los ingresos publicitarios y los niveles de audiencia como un parámetro inadecuado para medir los efectos sobre la competencia . | 73 |
| 9.2 | La capacidad de emisión como parámetro más adecuado para medir los efectos sobre la competencia..... | 75 |
| 9.2.1 | El análisis del informe del Tribunal de 1994 | 75 |
| 9.2.2 | La adaptación del análisis de 1994 a la situación actual | 78 |
| 9.3 | Aplicación de la nueva lógica de análisis a la situación actual.. | 78 |
| 9.4 | Aplicación de los límites a la situación actual | 82 |
| 9.4.1 | Aplicación del límite 1: un máximo de cuatro emisoras en municipios con ocho o más concesiones | 83 |
| 9.4.2 | Aplicación del límite 2: la mitad de las emisoras en un mismo municipio..... | 84 |
| 9.4.3 | Aplicación del límite 3: el 40% en localidades con única concesión en una misma Comunidad Autónoma | 86 |
| 9.4.4 | Aplicación de los límites sólo a aquellas situaciones en las que se haya producido solapamiento..... | 87 |
| 9.4.5 | Formas para el cumplimiento de los límites..... | 88 |
| 10. | EFICIENCIAS..... | 89 |
| 11. | EL PLURALISMO INFORMATIVO..... | 90 |
| 12. | CONCLUSIONES..... | 92 |

1. ANTECEDENTES

1.1 Remisión al Tribunal

El día 31 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal) el expediente relativo a la operación de concentración económica N-05081 RADIOS. La Dirección General de Defensa de la Competencia remitió este expediente al Tribunal por orden del Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, con objeto de que, siguiendo las disposiciones del artículo 15.bis.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), emita el preceptivo Informe.

Esta operación fue notificada al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) con fecha 5 de septiembre de 2005 conforme al artículo 15.1 LDC al superar los umbrales establecidos en el artículo 14.1.a) LDC.

El artículo 15 bis LDC establece que: “El Ministro de Economía, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia, remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia los expedientes de aquellos proyectos u operaciones de concentración notificados por los interesados que considere pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, para que aquél, previa audiencia, en su caso, de los interesados dictamine al respecto”.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 51.1 LDC, con fecha 6 de septiembre de 2005, el Servicio solicitó informe de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que fue evacuado el 21 de septiembre de 2005.

Asimismo, con fecha 3 de octubre de 2005 el Servicio dirigió nuevo escrito a dicha Dirección General solicitando aclaración sobre determinados aspectos relativos a la competencia de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en relación con el cumplimiento de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. La respuesta a esta solicitud de aclaración fue remitida al Servicio con fecha 19 de octubre.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 6 del Real Decreto 1443/2001 (en adelante, R.D. 1443/2001), con fechas 12 y 29 de septiembre y 27 de octubre de 2005 el Servicio requirió del notificante información adicional que fue remitida los días 23 de septiembre y 10 y 31 de octubre, respectivamente.

Teniendo en cuenta estos requerimientos de información, la fecha límite para remitir el expediente al Tribunal era el 2 de noviembre de 2005. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se consideraría tácitamente autorizada.

Una vez recibido el expediente por el Tribunal, éste ha de dictaminar al respecto, previa audiencia, en su caso, de los interesados. Para ello, elabora este informe en cumplimiento del artículo 16 LDC analizando si el proyecto de operación obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado y, en su caso, si aporta alguna mejora en los términos previstos en el último párrafo del artículo 16.1 LDC.

El Tribunal podrá solicitar asimismo aquella información que estime necesaria de cualquier persona natural o jurídica, en los términos previstos en el artículo 29 LDC. El Tribunal dispone de un plazo de dos meses para remitir su dictamen al Ministro de Economía y Hacienda para que lo eleve al Gobierno.

1.2 Recepción del expediente y actuaciones del Tribunal

El Tribunal ha referenciado el expediente como C 91/05 RADIOS y, de conformidad con lo establecido por el artículo 14.1 R.D. 1443/2001, se ha designado una Comisión para realizar el análisis de la citada operación de concentración formada por el Presidente del Tribunal, Sr. D. Luis Berenguer Fuster, el Vicepresidente de Tribunal, Sr. D. Antonio del Cacho Frago, y el Vocal del Tribunal, Sr. D. Francisco Javier Huerta Tròlez, actuando como Secretario Técnico de la ponencia el Director del Gabinete de Presidencia, Sr. D. Antonio Guerra Fernández.

El plazo del que dispone el Tribunal para elaborar su dictamen es de dos meses a contar desde el 31 de octubre de 2005.

Con objeto de que los diferentes operadores económicos que pudieran estar afectados por la operación de concentración tuviesen la oportunidad de presentar sus alegaciones ante el Tribunal, se elaboró una Nota sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente, de acuerdo con el artículo 14.2 R.D. 1443/2001. El 2 de noviembre de 2005 dicha Nota fue puesta en conocimiento del notificante para que pudiera manifestar por escrito los extremos de la información contenida en la misma que, en su opinión, debían mantenerse confidenciales.

Con fecha 3 de noviembre de 2005 el notificante declaró su conformidad con la Nota sucinta, que fue remitida a competidores, clientes, proveedores, asociaciones de consumidores y usuarios y asociaciones del sector que la

Comisión consideró que podrían resultar afectadas, dándoles la oportunidad de exponer su criterio acerca de los posibles efectos sobre la competencia derivados de la operación de concentración.

En el marco del procedimiento establecido por la LDC y el R.D. 1443/2001 y teniendo en cuenta las previsiones de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, con fecha 11 de noviembre de 2005 el Tribunal solicitó a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (en adelante, CMT) su opinión “en relación con el impacto que la mencionada operación podría tener en el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de la publicidad en radios tanto a nivel nacional como autonómico o local”.

Con fecha 15 de noviembre de 2005 la CMT solicitó al Tribunal la remisión de “alguna información sobre la propia operación en sí y sobre los agentes involucrados en la misma” a los efectos de elaborar una opinión fundada sobre el impacto de la operación en el mercado publicitario de la radio.

Con fecha 16 de noviembre de 2005, y en respuesta a dicho escrito, el Tribunal remitió a la CMT el escrito de notificación de las partes involucradas en la operación y el informe elaborado por el Servicio.

La CMT remitió su opinión a este Tribunal mediante correo electrónico de fecha 15 de diciembre de 2005.

1.3 Personación y confidencialidad

UNIPREX, S.A. (ONDA CERO RADIO) solicitó mediante escrito, que tuvo entrada en el Tribunal el día 14 de noviembre de 2005, ser declarada parte interesada en este expediente.

Ese mismo día el Tribunal remitió al notificante Providencia para alegaciones relativas a esta solicitud de personación dando un plazo de dos días para enviar sus observaciones al respecto.

Mediante correo electrónico de fecha 16 de noviembre de 2005 el notificante manifestó su no oposición al reconocimiento de la personación de UNIPREX, S.A.

El Tribunal resolvió mediante Auto sobre personación de 23 de noviembre de 2005 considerar como interesado en este expediente a UNIPREX, S.A.

Mediante escrito que tuvo entrada en el Tribunal el día 17 de noviembre de 2005 y al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 LDC, UNIÓN RADIO, S.L.

presentó ante el Tribunal una solicitud de confidencialidad sobre diversos extremos del escrito de notificación así como de otros documentos aportados durante la fase del procedimiento ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

El Tribunal resolvió mediante Auto de confidencialidad de 24 de noviembre de 2005 estimar parcialmente la petición de confidencialidad y formar pieza separada con aquellos documentos sobre los que se decretó la confidencialidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 15 del R.D. 1443/2001 se dictó Providencia de fecha 24 de noviembre de 2005 dando vista del expediente a los interesados y la posibilidad de formular alegaciones con la fecha límite del 12 de diciembre de 2005.

En esta fecha se recibieron escritos de los dos interesados en este expediente: UNIPREX y el notificante.

Con fecha 15 de diciembre de 2005 el Tribunal recibió correo electrónico con el informe de la CMT, solicitado mediante escrito de 15 de noviembre de 2005.

Mediante Providencia de 15 de diciembre de 2005, se dio a los interesados la posibilidad de formular alegaciones con la fecha límite del 19 de diciembre de 2005. En esta fecha se recibió escrito de alegaciones del notificante y, un día después, de UNIPREX.

2. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN Y ANTECEDENTES

2.1 Naturaleza de la operación

La operación notificada consiste en la adquisición del control exclusivo de ANTENA 3 RADIO por parte de UNIÓN RADIO. La operación se ejecuta mediante la aportación a esta sociedad de los socios de UNIÓN RADIO (GRUPO PRISA y GRUPO GODÓ) de la totalidad de sus participaciones sociales en SER, PALTRIEVA e INVERSIONES GODÓ como contraprestación a una ampliación de capital.

Concretamente, la ampliación de capital de UNIÓN RADIO se hará por un importe de (CONFIDENCIAL) euros más una prima de emisión de (CONFIDENCIAL) euros, con la emisión de (CONFIDENCIAL) participaciones sociales que serán atribuidas a sus socios en la siguiente proporción:

- A GRUPO PRISA, (CONFIDENCIAL) participaciones.
- A GRUPO GODÓ, (CONFIDENCIAL) participaciones.

En concepto de desembolso por dicha ampliación de capital, GRUPO PRISA aportará:

- (CONFIDENCIAL) acciones de SER, que representa el (CONFIDENCIAL) de su capital.
- (CONFIDENCIAL) acciones de INVERSIONES GODÓ, que representa el (CONFIDENCIAL) de su capital.
- (CONFIDENCIAL) acciones de PALTRIEVA, que representa el (CONFIDENCIAL) de su capital.

Por su parte, GRUPO GODÓ aportará:

- (CONFIDENCIAL) acciones de INVERSIONES GODÓ, que representa el (CONFIDENCIAL) de su capital.
- (CONFIDENCIAL) acciones de PALTRIEVA, que representa el (CONFIDENCIAL) de su capital.

Como consecuencia de la operación, UNIÓN RADIO tendrá el control exclusivo sobre:

- SER, de la que poseerá directamente el 99,99% del capital.
- ANTENA 3 RADIO, de la que poseerá indirectamente, a través del control del 100% de las acciones de INVERSIONES GODÓ y de PALTRIEVA, el 99,419% del capital.

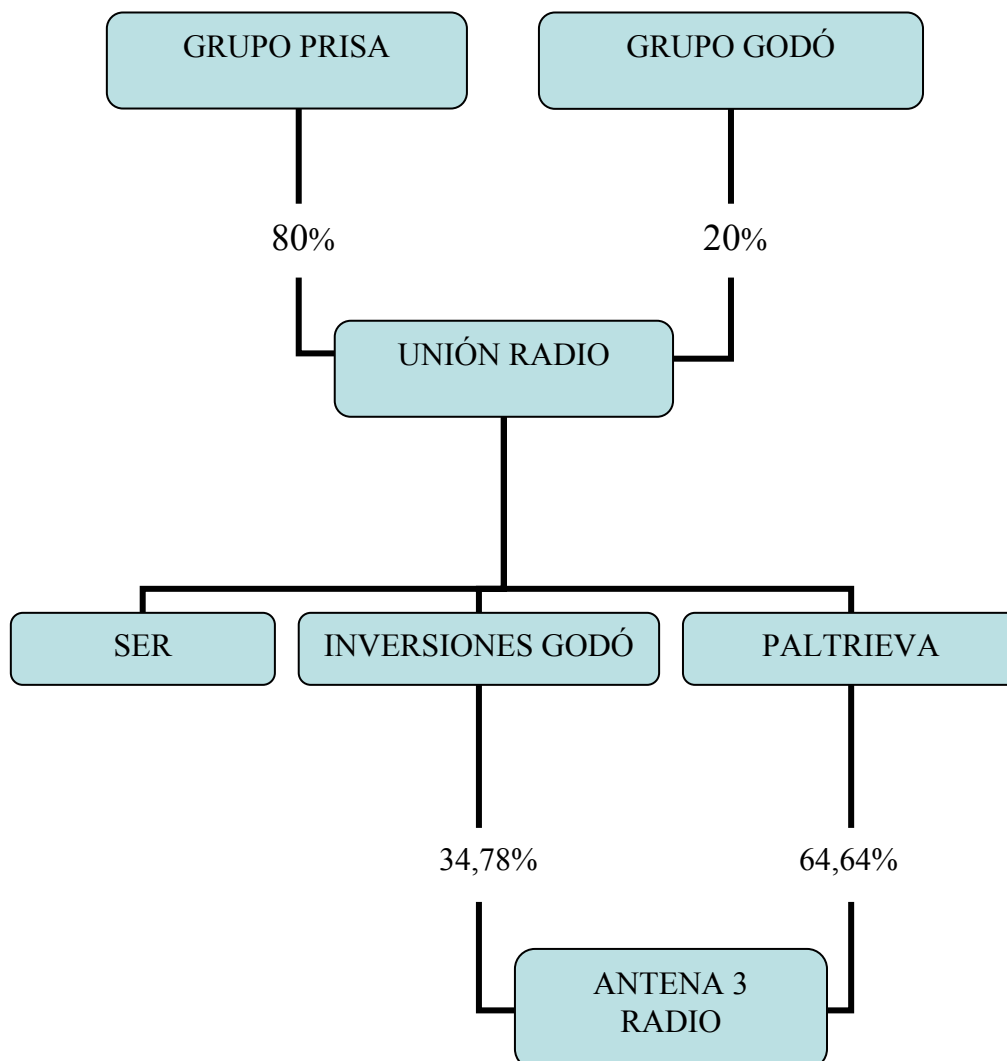
A su vez, UNIÓN RADIO sigue bajo el control exclusivo de GRUPO PRISA, dado que:

- GRUPO PRISA seguirá siendo el accionista mayoritario en UNIÓN RADIO con la misma participación del 80% de su capital. El otro 20% del capital seguirá correspondiendo a GRUPO GODÓ¹.

¹ Esta participación impide a GRUPO GODÓ tener la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre UNIÓN RADIO, dado que no puede bloquear los acuerdos que determinan la estrategia competitiva de la empresa.

De esta forma, GRUPO PRISA, que ya tiene el control exclusivo de SER, adquiere el control exclusivo de ANTENA 3 RADIO, en la que con anterioridad participaba a través de su presencia en el capital de PALTRIEVA e INVERSIONES GODÓ.

La estructura empresarial resultante de la operación sería la siguiente:



2.2 Antecedentes

La operación notificada tiene un antecedente directo en la operación notificada ante el Servicio el 1 de diciembre de 1993. Aquella operación consistía en la cesión de la gestión de la SER y ANTENA 3 RADIO a la sociedad de nueva creación, en esos momentos, SOCIEDAD DE SERVICIOS

RADIOFÓNICOS UNIÓN RADIO, S.A. El expediente fue remitido al Tribunal que elaboró el informe correspondiente (C 13/93).

En dicho informe el Tribunal, tras analizar el mercado afectado, las cuotas de las empresas notificantes, las barreras de entrada en dicho mercado y las potenciales eficiencias derivadas de la operación, llegaba a la conclusión de que la autorización de la misma debía supeditarse al cumplimiento de una serie de condiciones “con el criterio de permitir el mayor tamaño posible a las empresas notificantes con el fin de obtener los beneficios de eficiencia que produce la concentración pero con un límite: que los actuales u otros potenciales competidoras puedan competir con las mismas posibilidades que las empresas notificantes”.

En concreto, las condiciones determinadas por el Tribunal en su informe eran las siguientes:

- En las localidades con un número de emisoras igual o superior a ocho los notificantes no deberán tener más de cuatro emisoras en propiedad o en asociación fuerte.
- En las localidades con un número inferior a ocho emisoras los notificantes no podrán superar el 50% de las emisoras de dicha localidad en propiedad o en asociación fuerte.
- En las localidades con una sola emisora, los notificantes no deberían estar presentes en más del 40% de estas localidades de la Comunidad Autónoma correspondiente tanto mediante la propiedad de emisoras como a través de contratos de asociación fuerte.

El Tribunal entendía en este informe que el cumplimiento de las condiciones podría hacerse por una doble vía:

- mediante la modificación de los contratos de asociación en la línea descrita en el capítulo 4 de dicho informe, o
- mediante la venta de las concesiones correspondientes para cumplir con las condiciones expuestas.

El 20 de mayo de 1994 el Consejo de Ministros adoptó un acuerdo por el que no se oponía a la operación de concentración siempre y cuando se cumplieran las condiciones establecidas por el Tribunal.

Este Acuerdo del Consejo de Ministros fue recurrido (recurso 533/1994) ante el Tribunal Supremo. El 9 de junio de 2000 el Tribunal Supremo dictó Sentencia en la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso-

administrativo interpuesto anulando y declarando no conforme a Derecho el Acuerdo del Consejo de Ministros.

El Tribunal Supremo basaba su decisión en el hecho de que la operación vulneraba la filosofía de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante, LOT) que fijaba una serie de limitaciones a la propiedad en el número de emisoras de una misma empresa en aras a garantizar el pluralismo informativo.

En este sentido, el Tribunal Supremo señalaba que las operaciones de concentración empresarial en el sector de los medios de comunicación no sólo tienen implicaciones en lo relativo al artículo 38 de la Constitución Española sino también a su artículo 20 por lo que cuando se analicen este tipo de operaciones deben tenerse en cuenta sus repercusiones tanto en materia concurrencial como en el pluralismo informativo.

Sin embargo, de la Sentencia del Tribunal Supremo no se deriva que dicho análisis deba ser hecho por este Tribunal sino que se trata, más bien, de una exigencia de carácter general para la Administración competente.

Dicha Sentencia fue recurrida, con fecha 5 de julio de 2000, en amparo ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional dictó Auto de 26 de abril de 2001 por el que inadmitía dicho recurso.

El 2 de noviembre de 2001 el Consejo de Ministros acordó que para llevar a puro y debido efecto la Sentencia del Tribunal Supremo, las partes involucradas debían presentar ante el Servicio en el plazo de dos meses un plan detallado de actuaciones y plazos que sirvieran para instrumentar dicho cumplimiento.

Las partes presentaron al Servicio un plan, con fecha de 15 de enero de 2002, según el cual entendían que la ejecución de la Sentencia se llevaría a cabo dejando sin efecto los acuerdos en los que se instrumentaba la concentración. El Servicio, según preveía el Acuerdo del Consejo de Ministros, solicitó la opinión de este Tribunal así como la de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de Información. En ambos casos las respuestas fueron similares: la disolución de los acuerdos y contratos que soportaban la concentración notificada podían considerarse como una vía adecuada para la desconcentración.

Tras estas consultas se planteó un incidente de ejecución de Sentencia que el Tribunal Supremo resolvió mediante Auto de 25 de septiembre de 2002 en el que señalaba que “la resolución de los negocios jurídicos en los que se

instrumentó la operación de concentración, es una medida necesaria y adecuada para llevar a puro y debido efecto” la Sentencia correspondiente².

Una vez solventados estos trámites administrativos e incidentes procesales, el 14 de octubre de 2002 el Director General de Defensa de la Competencia dictó una Resolución en la que ordenaba a las partes notificantes que modificasen el Plan propuesto dando pie a las siguientes actuaciones:

- resolución de los negocios jurídicos en los que se instrumentó la operación de concentración, y
- separación efectiva de la gestión operativa y económica de ANTENA 3 RADIO, S.A. respecto de la SER.

Dicha Resolución exigía a las partes, de nuevo, la presentación de un plan detallado de cumplimiento de dichas exigencias³.

Esta Resolución dio lugar a un nuevo incidente de ejecución de Sentencia que el Tribunal Supremo resolvió mediante Auto de 5 de marzo de 2003 en el que se señalaba que dicha Resolución “decide dentro de los límites que son necesarios para el debido cumplimiento de la sentencia de cuya ejecución se trata y respeta los principios y normas jurídicas que deben regir su ejecución”.

En cumplimiento de la susodicha Resolución, las partes presentaron, con fecha 13 de junio de 2003, un escrito que justificaba, desde su punto de vista, que habían “procedido a realizar las actuaciones necesarias para garantizar la separación efectiva de la gestión operativa y económica de ANTENA 3 RADIO, S.A. respecto de la SER”. El escrito se acompañaba de tres documentos⁴ que buscaban dar fe de dicha separación.

² Este Auto dio lugar a la presentación de un recurso de súplica que fue rechazado por el Tribunal Supremo mediante Auto de 16 de noviembre de 2002.

³ En lo relativo a la segunda de las actuaciones, la Resolución exigía expresamente que “en dicho informe se deberán especificar los cambios producidos en la estructura de las partes en cuanto a su composición accionarial, estructura de control, sistema de gestión, medios personales y técnicos, y convenios de programación”.

⁴ Los tres documentos que se adjuntaban contenían la siguiente información:

- los acuerdos sociales adoptados por la Junta General de Accionistas de ANTENA 3 RADIO, S.A. en reunión celebrada el 14 de mayo de 2003,
- el acuerdo entre la SER y ANTENA 3 RADIO, S.A. para compartir las programaciones radiofónicas que producen, y
- el acuerdo entre la SER y ONDA RADIO, S.A. para compartir las programaciones radiofónicas que producen.

De nuevo, se planteó un incidente de ejecución de Sentencia que el Tribunal Supremo resolvió, mediante Auto de 18 de febrero de 2004, señalando que corresponde al Ministerio de Economía pronunciarse sobre el contenido del escrito de las partes de 13 de junio de 2003 y resolver “si con las actuaciones en él descritas se cumplían las condiciones impuestas a dichas sociedades por la resolución del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de octubre de 2002”.

En base a lo resuelto por este Auto y a la información adicional requerida a las partes, y tras la elaboración de diversos informes⁵, la Directora General de Defensa de la Competencia dictó Resolución de 30 de julio de 2004 en la que señalaba que la separación entre ANTENA 3 RADIO, S.A. y la SER “es real y efectiva, puesto que de la información disponible no cabe deducir que PRISA o las sociedades de su grupo ejerzan una influencia decisiva sobre las decisiones de ANTENA 3 RADIO”.

Con posterioridad se han suscitado diversas cuestiones procesales adicionales que han dado pie a actuaciones del Tribunal Supremo pero que no afectan a la ejecución de la Sentencia de 9 de junio de 2000 ni al contenido de la Resolución de la Directora General de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 2004.

Por otro lado, los acuerdos previos a la operación notificada al Servicio el 1 de diciembre de 1993 también dieron lugar a algunas actuaciones en el campo de las conductas prohibidas por la LDC.

De hecho, el 2 de junio de 1993 se presenta denuncia ante el Servicio contra GRUPO GODÓ y GRUPO PRISA por diversos acuerdos alcanzados desde mediados de 1992 a comienzos de 1993 en el campo de los medios de comunicación y, en especial, de la radiodifusión sonora relativos, entre otros, a la gestión de la publicidad o la programación, en los que ANTENA 3 RADIO juega un papel central, que los denunciantes consideran infringen los artículos 1, 6 y 7 LDC así como los artículos 85.1 y 86 Tratado de Roma.

La denuncia da pie a la incoación de un expediente sancionador por parte del Servicio y, posteriormente, con fecha 11 de octubre de 1996 a un acuerdo de sobreseimiento parcial del mismo en lo relativo a la imputación de infracción de los artículos 6 y 7 LDC y 86 Tratado de Roma. Dicho acuerdo fue recurrido ante este Tribunal, que lo desestimó mediante Resolución de 29 de julio de 1997.

⁵ De fechas 2 de abril de 2004 y 29 de julio de 2004.

Esta Resolución fue, a su vez, recurrida ante la Audiencia Nacional que estimó el recurso mediante Sentencia de 15 de septiembre de 2000 al considerar que los acuerdos denunciados podrían estar “incurtidos en la temática del artículo 6 LDC” y que tampoco resultaba procedente el sobreseimiento relativo al artículo 7 LDC a la luz de lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000.

Esta Sentencia de la Audiencia Nacional fue objeto de recurso de casación por parte de los denunciados. El Tribunal Supremo declaró inadmisibile dicho recurso mediante Sentencia de 27 de mayo de 2004 y ordenó el desarchivo de las actuaciones y la continuación de las investigaciones.

Esta situación dio lugar a que este Tribunal dictara Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2004 en la que se ordena devolver al Servicio el expediente, interesar la continuación del procedimiento y la vigilancia del cumplimiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2000.

De esta forma, el Servicio abre, de nuevo, expediente sancionador que concluye mediante acuerdo de sobreseimiento de 11 de octubre de 2005 que es recurrido por los denunciados ante este Tribunal; estando dicho recurso, en el momento de elaboración de este informe, pendiente de resolución.

En relación con la parte de la denuncia relativa a la infracción de los artículos 1 LDC y 85 Tratado de Roma, el Servicio envió a este Tribunal, con fecha 11 de abril de 2000, informe-propuesta de declaración de infracción. Este Tribunal resolvió el expediente mediante Resolución de 18 de abril de 2001 en la que se declara que los hechos denunciados son constitutivos de infracción del artículo 1 LDC.

Esta Resolución es recurrida por los denunciados ante la Audiencia Nacional que decide estimar en parte el recurso mediante Sentencia de 14 de septiembre de 2004. Esta Sentencia confirma la Resolución del Tribunal en el sentido de considerar que existe infracción del artículo 1 LDC y no del artículo 85 Tratado de Roma pero insta a este Tribunal a que fije la cuantía de la sanción a imponer y ordene la publicación de la resolución sancionadora.

Esta Sentencia es, a su vez, recurrida en casación por la Abogacía del Estado y los codemandados; recurso que se encuentra, en el momento de elaboración de este informe, pendiente de resolución por parte del Tribunal Supremo.

3. APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A la vista de los datos aportados por los notificantes, en opinión de este Tribunal y de forma coincidente con el Servicio, la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, al no alcanzarse los umbrales previstos en los apartados 2 y 3 de su artículo 1, por lo que la operación no tiene dimensión comunitaria.

La operación notificada cumple, sin embargo, los requisitos previstos por la LDC, para su notificación, al superarse los umbrales establecidos en el apartado 1 del artículo 14 de la misma.

A esta operación le es de aplicación, por tanto, lo previsto en la LDC y el R.D. 1443/2001.

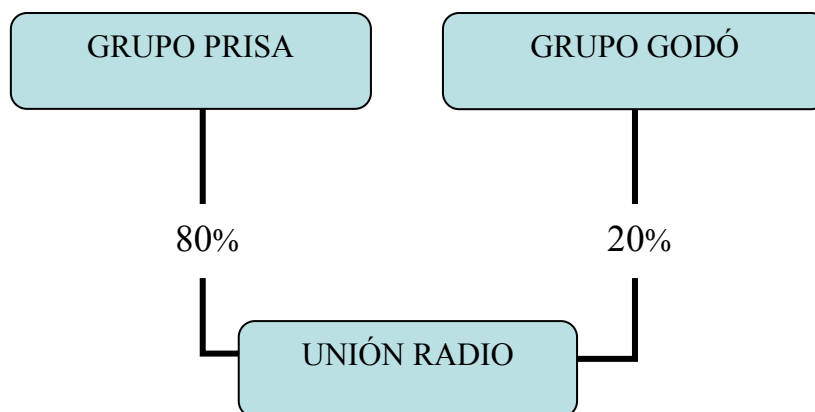
4. PARTES INTERVINIENTES EN LA OPERACIÓN

4.1 Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.L. (Unión Radio)

UNIÓN RADIO es una sociedad de gestión de servicios radiofónicos, excluidos los de programación y emisión, que presta servicios a la SER y a sus sociedades participadas.

UNIÓN RADIO está controlada por GRUPO PRISA, propietario del 80% de su capital. El restante 20% es propiedad de GRUPO GODÓ DE COMUNICACIÓN, S.A.

La estructura accionarial de UNIÓN RADIO antes de la operación notificada es:



Según el escrito de notificación, UNIÓN RADIO tiene participaciones en las siguientes sociedades:

SOCIEDADES PARTICIPADAS POR UNION RADIO

| Empresa | % de la participación |
|--|-----------------------|
| Frecuencia del Principado, S.A. | 100% |
| Corporación Canaria de Información y Radio, S.A. | 100% |
| Algarra, S.A. | 100% |
| Onda La Finojosa, S.A. | 100%* |
| Valdepeñas Comunicación, S.L. | 50% |
| Sogecable Música, S.L. | 50% |
| Iniciativas Radiofónicas de Castilla La Mancha, S.A. | 50% |
| Ediciones LM, S.L. | 50% |
| Talavera Visión, S.L. | 50%** |
| Ciudad Real Noticias, S.A. | 50%*** |
| Telecomunicaciones Empresariales del Sur, S.L. | 41%*** |
| Teleonda Ciudad Real, S.L. | 40%*** |
| Radio Jaén, S.L. | 35,99% |
| Unión Radio del Pirineu, S.A. | 33% |

* La presencia de UNIÓN RADIO en ONDA LA FINOJOSA, S.A. se lleva a cabo a través de la participación de aquélla en ALGARRA, S.A.

** La presencia de UNIÓN RADIO en TALAVERA VISIÓN, S.L. se lleva a cabo a través de la participación de aquélla en VALDEPEÑAS COMUNICACIÓN, S.L.

*** La presencia de UNIÓN RADIO en estas sociedades se lleva a cabo a través de su participación en EDICIONES LM, S.L.

Por su parte, GRUPO PRISA es una sociedad que cotiza en la Bolsa de Madrid. A 31 de diciembre de 2004, los únicos accionistas con una participación directa igual o superior al 10% eran PROMOTORA DE PUBLICACIONES, S.L., con el 44,535%, y TIMÓN, S.A., con el 18,421%.

GRUPO PRISA es un grupo de medios de comunicación con intereses en los sectores de prensa (con la publicación, entre otros, de los diarios “El País”, “Cinco Días” o “As”), editorial (“Santillana”), radiofónico, producción audiovisual (“Plural Entertainment”), publicidad (“Gerencia de Medios, S.A.”), Internet y nuevas tecnologías (“Prisacom, S.A.” e “Iberbanda”) y televisión de pago (“Sogecable”) y local (“Localia”). GRUPO PRISA tiene también una importante presencia en mercados internacionales de medios de comunicación, en particular, en América Latina.

Respecto al mercado radiofónico, GRUPO PRISA es propietaria del 99,99% del capital de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.A. (SER), del 80% del capital de UNIÓN RADIO, S.L., del 50,93% del capital de PALTRIEVA, S.A. que, a su vez, ostenta el 34,78% de ANTENA 3 RADIO, y del 48,95% de INVERSIONES GODÓ que, a su vez, ostenta el 64,64% de ANTENA 3 RADIO.

La propiedad del GRUPO PRISA del 50,93% del capital de PALTRIEVA, S.A. y del 48,95% del capital de INVERSIONES GODÓ le otorga presencia indirecta en ANTENA 3 RADIO, ONDA MUSICAL, S.A., y RADIO VOZ, S.A.

No obstante, la principal presencia del GRUPO PRISA en el mercado radiofónico español se hace a través de la propiedad de la SER. La SER es la cabecera de la presencia del GRUPO PRISA en el mercado radiofónico. La SER está presente tanto en el ámbito de radio generalista, a través de la programación de la cadena SER y ONA generalista, como en el de la radio fórmula musical, a través de las programaciones de las cadenas 40 Principales, Cadena Dial, M80, Máxima FM y ONA Música.

Con excepción de la programación emitida por las emisoras de la cadena ONA CATALANA, el resto de la programación de la SER tiene difusión nacional.

Según el escrito de notificación, la SER tiene participaciones en las siguientes sociedades:

SOCIEDADES PARTICIPADAS POR SER

| Empresa | % de la participación |
|---|-----------------------|
| Ondas, S.A. | 100% |
| Radio Burgos, S.L. | 100% |
| Radio Gibralfaro, S.A. | 100% |
| Radio España de Barcelona, S.A. | 99,32% |
| Compañía Aragonesa de Radiodifusión, S.A. | 97,03% |
| Radio Club Canarias, S.A. | 95% |
| Avante Radio, S.A. | 93,34% (1) |
| Iniciativas Radiofónicas, S.A. | 93,42% (2) |
| Ona Catalana, S.A. | 85% |
| Radio Murcia, S.A. | 83,33% |
| Radio 30, S.A. | 83,33% (3) |
| Teleser, S.A. | 71,64% |
| Unión Radio Digital, S.A. | 60% (4) |
| Comunicación Radiofónica, S.A. | 50,54% (5) |
| Sociedad de Radiodifusión Aragonesa, S.A. | 50% |
| Ondas Galicia, S.A. | 42,42% |
| Radio Zaragoza, S.A. | 34% (6) |

(1) Adicionalmente, la SER participa indirectamente en el resto del capital de AVANTE RADIO, S.A. a través de sus participaciones en RADIO CLUB CANARIAS, S.A. (que ostenta un 3,33% de AVANTE RADIO, S.A.) y RADIO MURCIA, S.A. (que ostenta el restante 3,33%).

(2) Se trata de una participación indirecta a través de ONDAS, S.A.

(3) Se trata de una participación indirecta a través de RADIO MURCIA, S.A. que ostenta el 100% del capital de RADIO 30, S.A.

(4) El restante 40% es propiedad de ANTENA 3 RADIO.

(5) Se trata de una participación indirecta a través de la participación de la SER en el capital de AVANTE RADIO, S.A. que, a su vez, es propietaria del 50,9% del capital de COMUNICACIÓN RADIOFÓNICA, S.A.

(6) El restante 66% es propiedad de la COMPAÑÍA ARAGONESA DE RADIODIFUSIÓN, S.A. de la que la SER ostenta el 97,03% del capital.

A su vez, a través de su participación en ONA CATALANA, S.A. y según el escrito de notificación, la SER está presente en las siguientes sociedades⁶:

- CATALANA DE COMUNICACIÓ Y PUBLICITAT, S.L., de la que ONA CATALANA es propietaria del 100% del capital,

⁶ El Informe del Consejo Audiovisual de Cataluña aportado al expediente señala que también estarían dentro de este grupo las sociedades RADIO RIPOLL, S.A. y RADIO OLOT, S.A.

- GIRONINA DE RADIO, de la que ONA CATALANA es propietaria del 100% del capital,
- RADIO COSTA BRAVA, S.A., de la que ONA CATALANA es propietaria del 100% del capital,
- BERGADANA DE RADIO I TELEVISIÒ, S.A., de la que ONA CATALANA es propietaria del 100% del capital, y
- RADIO LA Cerdanya, S.A., de la que ONA CATALANA es propietaria del 34,92%.

De la información aportada al expediente, se pone de manifiesto que la SER y ANTENA 3 RADIO mantenían los siguientes vínculos estructurales con anterioridad a la operación notificada:

- GRUPO PRISA es el propietario del 99,9% del capital de la SER y, al mismo tiempo, es propietario del 50,93% de PALTRIEVA, S.A. que, a su vez, ostenta el 34,83% de ANTENA 3 RADIO; y del 48,95% de INVERSIONES GODÓ que, a su vez, ostenta el 64,64% de ANTENA 3 RADIO,
- la SER y ANTENA 3 RADIO comparten la propiedad de UNIÓN RADIO DIGITAL, de la que la primera ostenta el 60% del capital mientras que la segunda es propietaria del 40% restante,
- ANTENA 3 RADIO es el propietario del 49,03% de ONDA MUSICAL, S.A. mientras que PALTRIEVA, S.A. (participada mayoritariamente por GRUPO PRISA que, a su vez, es propietaria de la SER) ostenta el 34,78% del capital, e INVERSIONES GODÓ (de la que GRUPO PRISA ostenta el 49,05% del capital), el 16,68%, y
- tanto ANTENA 3 RADIO como GRUPO PRISA, a través de sus participaciones en PALTRIEVA, S.A. e INVERSIONES GODÓ, están presentes en el capital de RADIO VOZ, S.A. a través de ONDA MUSICAL, S.A.

Asimismo, según el anexo 10 del escrito de notificación, (CONFIDENCIAL).

También diversos miembros de los Consejos de Administración de la SER, GRUPO PRISA y UNIÓN RADIO son, a su vez, miembros de Consejos de Administración de otras empresas en el sector radiofónico como es el caso de (CONFIDENCIAL).

Según el anexo 1 del escrito de notificación, la SER es titular de 181 concesiones de radiodifusión. Adicionalmente, mantiene contratos de asociación o de afiliación con un total de 294 emisoras de las que:

- 10 emisoras estaban vinculadas mediante contratos de asociación con ONA CATALANA y tras la compra de ésta por parte de la SER⁷ han pasado a tener contratos con esta última,
- 93 emisoras son de ANTENA 3 RADIO de las que 91 emiten alguna de las programaciones de la cadena SER y las otras dos emiten la programación de Radio Olé, y
- las 191 emisoras restantes son propiedad de empresas distintas de las afectadas por la presente operación.

Por lo tanto, además de los vínculos estructurales señalados anteriormente, ANTENA 3 RADIO y la SER mantienen, con carácter previo a la operación notificada, vínculos comerciales a través de diversos contratos según los cuales:

- 91 emisoras de ANTENA 3 RADIO emiten programación de la cadena SER,
- 2 emisoras de ANTENA 3 RADIO tienen firmados acuerdos con la SER pero emiten programación de Radio Olé, y
- 10 emisoras de la SER emiten programación de Radio Olé a través de acuerdos con ANTENA 3 RADIO.

Por último, según el escrito de notificación y conforme al artículo 3 del R.D. 1443/2001, la facturación del GRUPO PRISA en los tres últimos ejercicios ha sido la siguiente:

VENTAS DEL GRUPO PRISA
Millones de euros

| | 2002 | 2003 | 2004 |
|---------------|-------------|-------------|-------------|
| Mundo | 1.216 | 1.305 | 1.426 |
| Unión Europea | 966 | 1.073 | 1.177 |
| España | 936 | 1.044 | 1.155 |

⁷ Operación N-05048 SER/ONA CATALANA, autorizada mediante Acuerdo del Ministro de Economía de 20 de julio de 2005.

4.2. Antena 3 de Radio, S.A. (Antena 3 Radio)

ANTENA 3 RADIO es una sociedad dedicada a la explotación de emisoras de radio y está controlada por el GRUPO GODÓ DE COMUNICACIÓN, S.A., a través de INVERSIONES GODÓ, S.A., sociedad instrumental titular del 64,637% del capital de ANTENA 3 RADIO y del 16,68% de ONDA MUSICAL, S.A. El otro accionista de referencia es PALTRIEVA, S.A. que ostenta el 34,782% del capital accionarial⁸.

ANTENA 3 RADIO es propietaria de 93 emisoras de radio, de las cuales 91 están ya emitiendo alguna de las programaciones del grupo SER, al estar vinculadas a esta cadena por un contrato de asociación.

ANTENA 3 RADIO comercializa la radio fórmula musical Radio Olé, especializada en música de raíz española. Las dos emisoras de ANTENA 3 RADIO que no tienen contratos de asociación con la cadena SER emiten la programación de Radio Olé.

Asimismo, ANTENA 3 RADIO mantiene contratos de asociación con 17 emisoras que emiten programación de Radio Olé, de las que 10 pertenecen a la cadena SER. Los acuerdos de programación correspondientes a las emisoras de la cadena SER se llevan a cabo a través de ONDA MUSICAL, S.A., sociedad participada directamente por ANTENA 3 RADIO (un 49,01%) e indirectamente por GRUPO PRISA, a través de la participación que PALTRIEVA, S.A.⁹ (un 34,30%) e INVERSIONES GODÓ (un 16,68%) ostentan en dicha sociedad.

Por otro lado, según su Informe de Gestión del Ejercicio 2004, ANTENA 3 RADIO tiene una participación mayoritaria en las siguientes empresas:

⁸ El resto del capital (un 0,581%) está en manos de 201 accionistas externos.

⁹ El 50,93% del capital de PALTRIEVA, S.A. pertenece al GRUPO PRISA.

SOCIEDADES PARTICIPADAS MAYORITARIAMENTE POR ANTENA 3 RADIO

| Empresa | % de la participación |
|---|-----------------------|
| Antena 3 de Radio de Melilla, S.A. | 100% |
| Cadena Onda Oliva, S.A. | 100% |
| La Palma Difusión, S.A. | 100% |
| Radiodifusora Navarra, S.A. | 100% |
| Antena 3 de Radio de León, S.A. | 99,56% |
| Teleradio Pres, S.L. | 75,10% |
| Televisión Ciudad Real, S.L. | 75,10% |
| Sociedad Independiente de Comunicación Castilla La Mancha, S.A. | 73,53% |

Según el mismo Informe, ANTENA 3 RADIO tiene participaciones no mayoritarias en las siguientes empresas:

SOCIEDADES PARTICIPADAS NO MAYORITARIAMENTE POR ANTENA 3 RADIO

| Empresa | % de la participación |
|--|-----------------------|
| Sonido e Imagen de Canarias, S.A. | 50,00% |
| Onda Musical, S.A. | 49,01%* |
| Unión Radio Digital, S.A. | 40,00% |
| Radio Sabinal, S.A. | 30,00% |
| Radio Voz, S.A. | 18,62%** |
| Sociedad Independiente de Radiodifusao, S.A. | 10% |

* El resto del capital de ONDA MUSICAL, S.A. pertenece a PALTRIEVA, S.A. (un 34,30%) e INVERSIONES GODÓ (un 16,68%).

** La participación de ANTENA 3 RADIO en el capital de RADIO VOZ, S.A. se lleva a cabo a través de la participación de aquélla en ONDA MUSICAL, S.A.

Por último, según el escrito de notificación, la facturación de ANTENA 3 RADIO en los tres últimos ejercicios económicos conforme a lo previsto por el artículo 3 del Real Decreto 1443/2001 ha sido la siguiente:

VENTAS DE ANTENA 3 RADIO
Millones de euros

| | 2002 | 2003 | 2004 |
|---------------|----------------|----------------|----------------|
| Mundo | (CONFIDENCIAL) | (CONFIDENCIAL) | (CONFIDENCIAL) |
| Unión Europea | (CONFIDENCIAL) | (CONFIDENCIAL) | (CONFIDENCIAL) |
| España | (CONFIDENCIAL) | (CONFIDENCIAL) | (CONFIDENCIAL) |

Por su parte, GRUPO GODÓ DE COMUNICACIÓN, S.A. es la sociedad holding de todas las compañías y actividades empresariales de este grupo de medios de comunicación, con intereses en los sectores de prensa, editorial, radiofónico y televisión local (CITYTV Barcelona). Sus publicaciones incluyen, entre otras, el diario de información general “La Vanguardia”, el diario de información deportiva “Mundo Deportivo”, las revistas “Interiores” e “Historia y Vida”.

GRUPO GODÓ es el propietario del 51,05% de INVERSIONES GODÓ mientras que el restante 48,95% es propiedad de GRUPO PRISA.

GRUPO GODÓ está presente en el mercado de la radio a través de su participación mayoritaria en ANTENA 3 RADIO y en la cadena de ámbito catalán RAC que emite programación generalista a través de RAC 1 y radio fórmula musical a través de RAC 105.

La participación en la cadena RAC se lleva a cabo a través de la tenencia del 93% del capital de CATALUNYA DE COMUNICACIÓ, S.L. que, a su vez, es propietaria del 100% del capital de RADIOCAT XXI, S.L.¹⁰

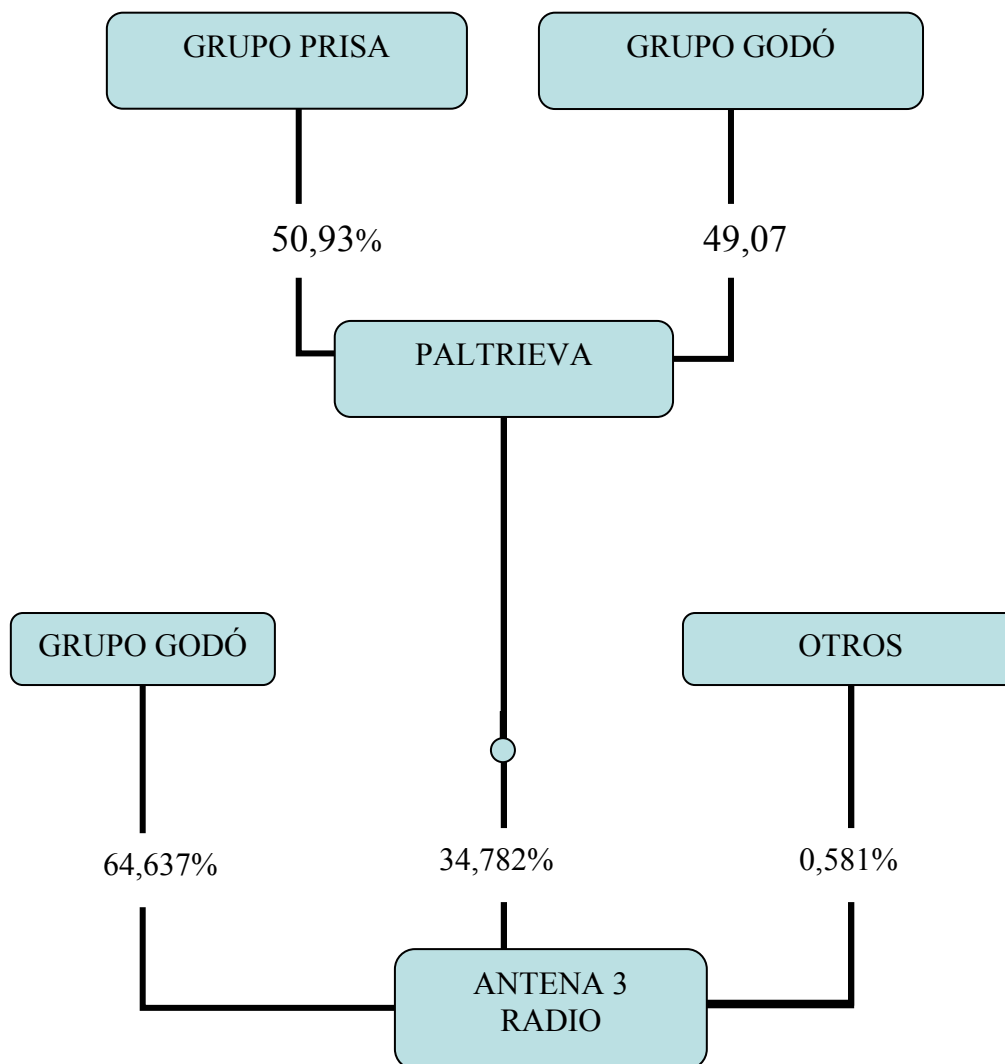
Según el anexo 11 del escrito de notificación, (CONFIDENCIAL).

Por otro lado, PALTRIEVA, S.A. es una sociedad instrumental dedicada a la tenencia de acciones de sociedades radiofónicas. PALTRIEVA, S.A. está controlada por el GRUPO PRISA, que posee el 50,93% de su capital. El restante 49,07% del capital es propiedad del GRUPO GODÓ.

PALTRIEVA, S.A. es titular del 34,782% del capital de ANTENA 3 RADIO así como del 34,30% de ONDA MUSICAL, S.A. y, a través de esta participación, está presente en el capital de RADIO VOZ, S.A.

De esta forma, la estructura accionarial de ANTENA 3 RADIO antes de la operación notificada es la que se detalla en el gráfico.

¹⁰ RADIOCAT XXI, S.L. es propietaria del 100% de RADIO EL MASNOU MARESME, S.A.



5. INFORMACIÓN DE TERCEROS Y ALEGACIONES

5.1 El informe de la CMT

La CMT remitió correo electrónico de fecha 15 de diciembre de 2005 al Tribunal con el “Informe al Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo por parte de UNIÓN RADIO, S.L. sobre ANTENA 3 RADIO, S.A.” aprobado mediante Acuerdo del Consejo de la CMT de esa misma fecha.

El informe comienza aclarando que su análisis “se realiza únicamente desde el punto de vista de la Política de la Competencia, sin realizar un análisis desde el punto de vista de la regulación sectorial y sin entrar a valorar la incidencia de esta operación en el pluralismo de la oferta radiofónica”. El

mercado sobre el que se realiza dicho análisis es el de la publicidad de radio tanto a nivel nacional como autonómico o local.

Una vez descritas las actividades y estructura accionarial de los agentes involucrados en la operación y la naturaleza de la misma, el informe entra a analizar las características técnicas y comerciales de la radiodifusión.

La CMT considera que “la radio compite con otros medios convencionales, como la televisión o la prensa escrita, por obtener ingresos publicitarios”. Según los datos que aporta el informe, en base al Estudio INFOADEX de la Inversión Publicitaria en España 2005, la radio habría atraído 503,5 millones de euros en inversión publicitaria durante 2004, lo que supone un 9,3% del total de la inversión atraída por los medios de comunicación convencionales¹¹.

Del total de la inversión publicitaria en radio durante 2004, el 50,7% (255,5 millones de euros) correspondió a la SER y ANTENA 3 RADIO; el 27,1% (136,5 millones de euros), al GRUPO ONDA CERO; el 20,8% (104,7 millones de euros), al GRUPO COPE, y el restante 1,4% (6,8 millones de euros), a PUNTO RADIO.

Por lo que se refiere a los niveles de audiencia en comparación con la televisión, el informe aporta los siguientes datos:

- entre abril de 2004 y marzo de 2005, la audiencia total de la radio ascendió al 55,2% frente al 89,4% de la televisión, y
- la radio tiene un consumo diario de 109 minutos frente a los 230 minutos de la televisión.

El informe recoge, asimismo, algunas características específicas del mercado de la radiodifusión que pueden ser determinantes para el interés de la inversión publicitaria:

- es un medio complementario de otras actividades (se puede escuchar la radio mientras se trabaja),
- tiene una gran capacidad de segmentación, especialmente geográfica, y

¹¹ El estudio contempla los siguientes medios de comunicación convencionales: cine, diarios, exterior, radio, revistas, dominicales, televisión e Internet. La televisión dominaría esta estadística con un 48,4% del total de inversión publicitaria; seguida por los diarios, con un 29,4%.

- permite a los anunciantes locales acceder a un medio con contenidos no locales.

Asimismo, identifica las siguientes dos variables como las más determinantes para los anunciantes potenciales:

- el número de oyentes, directamente relacionado con la potencia de emisión, y
- la homogeneidad de la audiencia, directamente relacionada con los contenidos.

El informe considera que la competencia en este mercado “teniendo en cuenta que las características técnicas de emisión se fijan por las distintas administraciones públicas, debería centrarse en los contenidos”, y, por tanto, “quien proporcione los contenidos más atractivos dentro de su ámbito de concesión se hará con una mayor cuota de audiencia y resultará, en suma, más atractivo para los potenciales anunciantes”.

En relación con la producción de los contenidos, el informe señala que “la digitalización de los mismos” supone “una reducción en los costes de producción así como la automatización de las emisiones”. Al mismo tiempo, estima que “el principal componente de los contenidos son los programas guiados por locutores estrella”.

El informe también analiza la presencia de emisoras de propiedad pública que si bien “no compiten por los ingresos publicitarios, sí lo hacen por la audiencia, con lo que restan puntos a las emisoras comerciales, haciéndolas menos atractivas a sus potenciales anunciantes”.

A continuación el informe pasa a detallar el impacto de la operación “sobre el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado de la publicidad por radio”.

Tras recordar el número de emisoras que corresponden a la SER y ANTENA 3 RADIO así como los contratos de asociación y afiliación que unen a unas y otras, el informe señala que “la SER y ANTENA 3, a efectos del análisis de competencia en el mercado de la publicidad por radio, forman una unidad económica”. Para la CMT se puede hablar de unidad económica “cuando sus integrantes carecen de una autonomía real de comportamiento, estando sujetas a un control único”. En este caso, “a los efectos de mercado” se estaría “en presencia de una única empresa”.

La CMT apoya esta conclusión en lo establecido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1972, ICI, As. 48/69 que declaraba que “la circunstancia de que una filial tenga una personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad matriz”.

El informe continúa apoyando esta conclusión en el hecho de que “en la actualidad ANTENA 3 no existe como operador independiente del mercado radiofónico, no existiendo una cadena de radio generalista que se identifique con ANTENA 3”.

Por todo lo anterior, la CMT concluye que “de la propia consideración de la SER y ANTENA 3 como unidad económica se deriva que la operación de concentración propuesta no provoca ningún cambio en el desarrollo de la competencia”.

5.2 Las observaciones de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio

5.2.1 El escrito de 21 de septiembre de 2005

La Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (en adelante, la Dirección General) remitió al Servicio escrito con fecha de 21 de septiembre de 2005 en el que comenzaba señalando que dado que las competencias en materia de radiodifusión sonora en FM están atribuidas a las Comunidades Autónomas “la información sobre la composición del capital de las sociedades titulares de la concesión escapa al control directo de la Administración General del Estado”.

Según la Dirección General, esta falta de información le imposibilita “conocer a quién pertenece el control efectivo de las sociedades concesionarias, en los términos del artículo 42 del Código de Comercio ni, por tanto, si la operación pretendida vulneraría los límites establecidos en la letra d) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT”.

No obstante, aclara que “al afectar en el presente caso la posible transmisión a más de una Comunidad Autónoma, el negocio jurídico sí deberá ser autorizado por la Administración General del Estado”.

El escrito de la Dirección General continúa señalando que “no debe aceptarse la interpretación que a efectos estadísticos hacen los comunicantes sobre el carácter de las emisoras de titularidad autonómica o municipal” ya que la propia letra d) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT excluye del cómputo para aplicar los límites establecidos en la misma a las emisoras gestionadas de forma directa por entidades públicas.

Asimismo, el escrito recuerda que en línea con lo señalado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 10/2005, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo la modificación de los límites fijados por la Disposición Adicional Sexta de la LOT no afectará “a las titularidades y participaciones legalmente adquiridas conforme a la normativa anterior”.

Teniendo todo lo anterior presente, el escrito señala que, en lo relativo a las concesiones digitales, la concentración notificada otorgaría a UNIÓN RADIO, S.L. “el control de dos de las doce concesiones de radiodifusión sonora digital terrestre, de ámbito nacional y de competencia, por tanto, de esta Administración, lo que no supone vulneración de las normas sectoriales aplicables”.

Respecto a las concesiones analógicas, el escrito hace un análisis separado para cada criterio establecido por la letra d) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT, llegando a las siguientes conclusiones:

- en relación con el límite de no sobrepasar el 50% de las concesiones que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura, con un máximo de cinco concesiones, “la concentración vulneraría la Ley en las localidades de Puertollano (del total de cinco emisoras pasarían a controlar tres), Valdepeñas (controlarían dos de las tres existentes) y Los Llanos de Aridane, donde (...) controlarían dos de las tres concesiones”,
- en relación con el límite del 40% de las concesiones existentes en una misma Comunidad Autónoma en ámbitos en los que sólo tenga cobertura una concesión, únicamente se sobrepasaría ese límite en el caso de Castilla La Mancha, puesto que de un total de seis emisoras la empresa fusionada controlaría tres, y
- en relación al límite del control de un número de emisoras que no sobrepase un tercio del total del conjunto nacional, la empresa fusionada no incumpliría ese límite.

5.2.2 El escrito de 14 de octubre de 2005

Tras un nuevo requerimiento de información y opinión por parte del Servicio, la Dirección General envía nuevo escrito de fecha 14 de octubre de 2005 en el que confirma que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) es el órgano que viene asumiendo la competencia relativa al cumplimiento de la Disposición Adicional Sexta de la LOT “cuando, como en este caso, el negocio jurídico afecta a sociedades titulares de concesiones en más de una Comunidad Autónoma (...) atendiendo al carácter general del negocio dispositivo, que excede del estrictamente concesional y afecta al derecho de propiedad que se ejercita, bien en todo el territorio del Estado, bien en todo caso, en un ámbito supracomunitario”.

No obstante, el mismo escrito reconoce que no se trata de una interpretación pacífica de la Ley y que discrepan de la misma algunas Comunidades Autónomas¹².

A continuación el escrito señala los diversos elementos que forman parte del procedimiento administrativo a seguir por la SETSI para la autorización de la transmisión de acciones en concesiones de radio que, en síntesis, se orientan a “la autorización o denegación de las transmisiones accionariales en concesionarios de radio”.

Por último y como respuesta a la solicitud de opinión hecha por el Servicio sobre la existencia de alguna fórmula que pueda asegurar la consistencia entre el procedimiento de concentraciones y el sectorial, el escrito señala que no existe tal fórmula “salvo que se lograra la finalización simultánea de ambos, lo que parece muy difícil en este caso, teniendo en cuenta que en tanto el procedimiento de concentraciones ya se encuentra muy avanzado, el sectorial ni siquiera se ha iniciado al no haberlo solicitado los interesados”.

No obstante, a continuación sugiere que “el Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizara la operación de UNIÓN RADIO desde el punto de vista de la defensa de la competencia podría introducir una condición suspensiva de los efectos de dicha autorización, condicionando la misma a que los interesados obtuvieran posteriormente las correspondientes autorizaciones previstas en la legislación sectorial de radio”.

Alternativamente, el escrito plantea la posibilidad de que “el Servicio de Defensa de la Competencia podría suspender el procedimiento de

¹² En este sentido, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha planteado un conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional.

concentración de UNIÓN RADIO, indicando a los interesados que, para la reanudación del mismo, deberían obtener previamente la correspondiente autorización de acuerdo con la legislación sectorial de radio”.

5.3 El informe del Consejo del Audiovisual de Cataluña

El Consejo del Audiovisual de Cataluña (en adelante, el Consejo) remitió al Tribunal, mediante escrito de 16 de noviembre de 2005, el Acuerdo 159/2005 adoptado por el Pleno del Consejo en sesión de 9 de noviembre de 2005 por el que se acordaba la remisión al Tribunal del informe aprobado por dicho Consejo en sesión de 2 de noviembre de 2005, a solicitud de la Dirección General de Medios y Servicios de Difusión Audiovisuales, en el que se analizaba la incidencia de la operación de referencia en relación con “el principio de pluralismo externo”.

El Consejo identifica, como objeto de dicho informe, el de determinar la incidencia de la mencionada concentración sobre las concesiones de radiodifusión sonora otorgadas a las sociedades implicadas por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en relación con los límites que establecen las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT.

En este sentido y tras señalar una serie de antecedentes administrativos relacionados con este expediente así como la cobertura normativa¹³, y el alcance, de sus propias competencias en esta materia, el Consejo considera que su intervención se basa en que las sociedades “implicadas en la concentración son efectivamente titulares de varias emisoras de radiodifusión sonora en Cataluña” y, por tanto, debe determinar si “la operación notificada atenta contra el principio del pluralismo informativo”.

El informe señala que “mediante las concesiones que son propiedad de ANTENA 3 DE RADIO, S.A., y de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.A., ya sea directa o indirectamente, se conforma la red de emisoras de radio analógica integradas a la cadena SER, con una importante introducción en Cataluña, tanto en términos de audiencia como de alcance territorial”. El informe del Consejo también considera dentro del “ámbito de influencia” de la cadena SER a las diferentes emisoras de ONA CATALANA, S.A.

El informe señala que la presencia de la cadena SER en Cataluña se lleva a cabo a través de diversas vías:

¹³ Ley 3/2004, de 28 de junio; Ley 2/2000, de 4 de mayo, y Decreto 269/1998, de 21 de octubre.

- “como consecuencia de ser titular de las respectivas concesiones administrativas;
- como consecuencia de la cesión de la gestión realizada por parte de las concesionarias consideradas como integrantes de la cadena pero sin vinculación mercantil directa o de presencia significativa;
- como consecuencia de controlar el capital de las respectivas concesionarias;
- como consecuencia de la existencia de determinados pactos privados con las concesionarias.”

En este sentido, el Consejo señala que la cadena SER es propietaria de: RADIO ESPAÑA DE BARCELONA, S.A. (con un 99,32% del capital accionario); AVANTE RADIO, S.A. (con un 93,34%); ONDAS, S.A. (con un 100%) y ONA CATALANA, S.A. (con un 85%).

También el Consejo entiende que la cadena SER es propietaria, indirectamente a través de su participación en ONA CATALANA, S.A., de: GIRONINA DE RÀDIO, S.A.; RADIO COSTA BRAVA, S.A.; BERGADANA DE RADIO Y TELEVISIÓN, S.L.; RADIO LA CERDANYA, S.L.; RADIO RIPOLL, S.L., y RADIO OLOT, S.A.

La cadena SER asimismo está presente en el capital de ANTENA 3 RADIO a través de las participaciones de GRUPO PRISA en INVERSIONES GODÓ, S.A. y PALTRIEVA, S.A., propietarias de ANTENA 3 RADIO. En este sentido, el Consejo considera que “la participación de PRISA en ANTENA 3 DE RADIO, S.A. es mucho más significativa del 33% que posee directamente, puesto que en realidad logra la mitad del total, que comparte, efectivamente, con el GRUPO GODÓ”.

El Consejo identifica a INVERSIONES RADIOFÓNICAS RÍO SAN PEDRO, S.A. y AGRUPACIÓN RADIOFÓNICA, S.A. dentro del ámbito de influencia de la cadena SER bien (CONFIDENCIAL).

Por último, el informe recoge en dos anexos sendos listados de sociedades que tienen acuerdos de programación con SER o con ONA CATALANA.

Por lo que se refiere a la tecnología digital, el Consejo señala que SER es titular directa de dos lotes de concesiones de ámbito supracomarcal (Barcelona y Tarragona) y otros dos lotes de ámbito comarcal (Gironès y Segrià). Asimismo, participa en otras concesiones relativas a este tipo de tecnología a través de sus participaciones accionarias en ONA CATALANA,

S.A. y de acuerdos de programación con AGRURASA; PRODUCTORA DE EMISIONES DE RADIO, S.L., y TAEUS, S.L.

Más adelante, el informe del Consejo realiza una descripción de la presencia de los grupos de comunicación PRISA y GODÓ en el mercado audiovisual catalán que incluye tanto su presencia en radio como en televisión o publicaciones escritas.

En lo relativo al mercado de la radio, señala que GRUPO GODÓ es titular de diversas concesiones de radio mediante sus participaciones en RADIOCAT XXI, S.L. (propiedad de CATALUÑA COMUNICACIÓN, S.L.) y RADIO ASOCIACIÓN DE CATALUÑA, S. COOP. LTDA. Al mismo tiempo, tiene acuerdos de asociación con otras cuatro concesiones en Cataluña.

De esta forma, según el informe, GRUPO GODÓ “ha formado una cadena de ámbito nacional denominada RAC que tiene dos programaciones diferenciadas: RAC1 (generalista) y RAC105 (radio fórmula musical)”. La cadena estaría formada por las siguientes frecuencias: Banyoles (91.9 MHz), Girona (100.1 MHz), Lleida (90.3 MHz), Sant Carles de la Ràpita (101 MHz), Sitges (104.5 MHz), Tarragona (99.2 MHz), Barcelona (105 MHz), Castell d’Aro (91.4 MHz), Lloret de Mar (89 MHz), Igualada (101 MHz), Masnou (87.7 MHz), Miralcamp (98.4 MHz) y Valls (103.2 MHz).

Por último, el informe identifica al GRUPO GODÓ como propietario de diversas concesiones de radio digital.

Respecto a los niveles de audiencia de la radio en Cataluña, el informe del Consejo señala que, en base a los datos incluidos en el *Informe del audiovisual de Cataluña* de 2004 publicado por el propio Consejo, un 23,3% de la población catalana escucha CATALUNYA RÀDIO; un 22,1%, la SER, y un 7,2% la programación de RAC1.

Una vez realizada esta descripción de la presencia de los grupos propietarios de la empresa notificante en el mercado audiovisual catalán, el informe señala que la Ley 10/2005, de 14 de junio “ha producido un cambio de especial relevancia en materia de concentración”, mediante la nueva redacción de las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT.

Según el Consejo este cambio “ha supuesto una modificación importante en relación con los límites establecidos de una concesión por ámbito de cobertura coincidente, y que se podía ampliar a dos en el caso de las FM (no en las OM), siempre y cuando quedara garantizada suficientemente la diversidad en la oferta radiofónica de la zona de cobertura implicada”. Asimismo, señala que en base a la normativa vigente “una misma persona

física o jurídica no puede controlar más concesiones de las que se determinan”. Para ello, considera fundamental determinar el significado preciso del concepto “control” en esta materia mediante la remisión al artículo 42 del Código de Comercio, en línea con lo previsto por la propia letra d) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT.

En base a ese concepto de “control” el Consejo considera que a efectos del cómputo del número de emisoras de la SER para verificar el cumplimiento de los límites previstos en la nueva redacción de las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT deben excluirse las emisoras “cuya titularidad no perteneciera a la SER de la forma establecida y también a las que están vinculadas con la cadena mediante contratos privados de programación pero sin más vinculación empresarial”.

Asimismo y a los mismos efectos del cómputo del número de emisoras de la SER, el informe considera que el ámbito de cobertura debe entenderse como la zona de servicio a la que se refiere la concesión “que en el caso de las radios analógicas es la localidad a la que da servicio la concesión y en el caso de las radios digitales puede ser nacional, supracomarcal y comarcal”.

Una vez determinados los conceptos de “control” y “ámbito de cobertura”, el informe considera que la empresa fusionada superaría los límites establecidos por las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT sólo, en aplicación del límite del 50% de las concesiones cuyo ámbito de cobertura coincida sustancialmente, en “la zona de servicio correspondiente a Tortosa”¹⁴.

En el resto de ámbitos de cobertura el número de concesiones tanto analógicas como digitales atribuibles a la empresa fusionada respetarían, según el informe del Consejo, los límites establecidos por las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT.

Por último, el informe continúa su análisis desde una hipótesis distinta: “en el caso que la operación de concentración se rigiera por la normativa anterior de acuerdo con lo que prevé la disposición adicional primera” de la Ley 10/2005, de 14 de junio.

En este sentido, el Consejo considera que los límites a aplicar serían los siguientes:

¹⁴ El anexo III del informe señala que en el ámbito de cobertura de Tortosa existen tres concesiones privadas de FM de las cuales una es propiedad de ONA CATALANA (“Ona Música Ebre” que emite radio fórmula musical en la frecuencia 105.6 MHz) y otra está participada mayoritariamente por SER (“SER Ebre”, cuyo titular sería ANTENA 3 DE RADIO y emite programación generalista en la frecuencia 101.9 MHz) por lo que, de esta forma, la empresa fusionada superaría el límite del 50%.

- “como primera restricción, emisoras que realizan SER u ONA por cada zona de servicio (limitándose a una en el caso de las emisoras de OM y hasta dos en el caso de las emisoras de FM),
- como segunda restricción, una vez determinados los supuestos que no incumplen la primera, análisis de los casos en los que era posible la existencia de la segunda FM valorando el resto de la oferta informativa en la zona de servicio implicada”.

De esta forma, el Consejo manifiesta que “de acuerdo con la normativa anteriormente vigente, las condiciones necesarias para garantizar el pluralismo no se cumplían en las zonas de servicio de Barcelona¹⁵ y Girona¹⁶”.

Una vez analizada la situación de la empresa notificante en cuanto a los límites cuantitativos aplicables a Cataluña tanto si se tiene en cuenta la nueva redacción de las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT

¹⁵ En el caso de Barcelona porque según el anexo IV del informe del Consejo la SER tendría control sobre cuatro concesiones de FM. Sin embargo, en el anexo I del informe del Consejo la cadena SER tiene asignadas cinco concesiones de FM para el ámbito de cobertura de Barcelona:

- “40 Barcelona” cuya titularidad es de la SER y emite radio fórmula musical a través de la frecuencia 93.9 MHz,
- “Radio Barcelona” cuya titularidad es de RADIO ESPAÑA BARCELONA (99,32% propiedad de la SER) y emite programación generalista a través de la frecuencia 96.9 MHz,
- “Cadena Dial Barcelona” cuya titularidad es de ONDAS, S.A. (100% propiedad de la SER) y emite radio fórmula musical a través de la frecuencia 99.4 MHz,
- “Máxima FM Barcelona” cuya titularidad es de INVERSIONES RADIOFÓNICAS RÍO SAN PEDRO, S.A. y emite radio fórmula musical a través de la frecuencia 104.2 MHz, y
- “M80 Barcelona” cuya titularidad es de AGRUPACIÓN RADIOFÓNICA, S.A. y emite radio fórmula musical a través de la frecuencia 90.5 MHz.

El vínculo de estas dos últimas concesiones a la cadena SER se justifica en el informe (CONFIDENCIAL).

¹⁶ En el caso de Girona porque según el anexo IV del informe del Consejo la SER tendría control sobre tres concesiones de FM:

- “40 Girona” cuya titularidad es de RADIO ESPAÑA DE BARCELONA (99,32% propiedad de la SER) y emite radio fórmula musical a través de la frecuencia 88.1 MHz,
- “Ona Girona” cuya titularidad es de GIRONINA DE RADIO (propiedad de ONA CATALANA, S.A. de la que la SER tiene un 85% del capital) y emite programación generalista a través de la frecuencia 95.1 MHz, y
- “Ona Música Girona” cuya titularidad es de RADIO AMBIENTE MUSICAL, S.A. (propietaria del 15% de ONA CATALANA) y emite radio fórmula musical a través de la frecuencia 98.5 MHz.

En este último caso, aunque el informe no lo precise, parece entenderse que la consideración de “Ona Música Girona” dentro del ámbito de control de la SER obedece a que la titular de dicha concesión, RADIO AMBIENTE MUSICAL, S.A., comparte la propiedad de ONA CATALANA, S.A. (mediante la participación en un 15% de su capital accionarial) con la SER (propietaria del restante 85%). Este mismo criterio parece SER también el que se aplicaría al caso de la “Ona Barcelona” recogido en la nota anterior.

como si se toma en consideración la normativa anteriormente vigente en base a lo previsto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 10/2005, de 14 de junio, el informe concluye que “existen zonas de servicio sobre las que la concentración notificada puede comprometer la correcta preservación del pluralismo externo”.

5.4 Otras observaciones

La Asociación de Empresas Consultoras en Relaciones Públicas y Comunicación (ADECEC) comunicó al Tribunal, mediante escrito de 8 de noviembre de 2005, que no tenía “nada que manifestar respecto al proyecto de esta operación”.

La Asociación Española de Anunciantes manifestó al Tribunal, mediante escrito de 15 de noviembre de 2005, que “el proyecto analizado no obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado publicitario”.

La CORPORACIÓN EMPRESARIAL ONCE, S.A.U. comunicó al Tribunal, mediante correo electrónico de 21 de noviembre de 2005, que “con fecha 3 de mayo de 1999 transmitió a TELEFÓNICA MEDIA, S.A. la totalidad de las acciones de la sociedad UNIPREX, S.A.” por lo que considera que “ONCE no se verá, en ningún caso, afectada por la citada operación de concentración, por lo que no tiene nada que alegar en relación con la misma”.

La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) comunicó al Tribunal, mediante escrito de 22 de noviembre de 2005, que “no dispone, a la luz de la información contenida en la nota sucinta, de los elementos de juicio necesarios para emitir una opinión fundamentada sobre los posibles efectos que la operación de concentración objeto del expediente de referencia puede tener sobre la competencia o sobre los intereses de los consumidores” y que, por tanto, no deseaba “realizar ningún tipo de observaciones”.

Por último, el Consejo de Consumidores y Usuarios remitió escrito a este Tribunal, de fecha 13 de diciembre de 2005, en el que señalaba que, por su parte, no había alegaciones a la operación.

5.5 Alegaciones de UNIPREX, S.A. (ONDA CERO RADIO)

ONDA CERO RADIO remitió al Tribunal escrito de 12 de diciembre de 2005 en el que manifiesta que “no posee datos suficientes” para poder efectuar alegaciones “toda vez que parte fundamental del expediente ha sido

declarado confidencial sin que conste además aún en el expediente el informe requerido a la CMT”.

ONDA CERO RADIO continúa señalando que “todo ello sin perjuicio de que puedan realizarse alegaciones con posterioridad durante la tramitación de este expediente”.

ONDA CERO RADIO remitió nuevo escrito de 20 de diciembre de 2005 en el que “acusando recibo del informe requerido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ponemos de manifiesto nuestra intención de no efectuar alegaciones en este expediente”.

5.6 Alegaciones del notificante

5.6.1 El escrito de notificación

Tras la descripción de las características de la operación así como de las actividades de las empresas afectadas por la misma, el escrito de notificación señala que la operación está supeditada a la autorización de las autoridades españolas de competencia así como a la obtención de las autorizaciones administrativas correspondientes:

- del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo respecto de las concesiones radiofónicas de Onda Media (OM), y
- de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, respecto de las concesiones radiofónicas de Frecuencia Modulada (FM).

Continúa el escrito recordando el antecedente directo de esta operación: la notificada en 1993 que se recoge en el apartado 2.2 del presente informe, así como algunas de las conclusiones a las que llegó este Tribunal en el informe elaborado en aquella ocasión y las condiciones a las que supeditó su aprobación el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994.

El notificante señala que, a raíz de dicho acuerdo, la SER modificó sus contratos “de tal forma que, hoy en día, la práctica totalidad de sus emisoras asociadas son de asociación débil”. Asimismo, manifiesta que tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 que anulaba dicho Acuerdo del Consejo de Ministros “la relación entre las emisoras de ANTENA 3 RADIO y la cadena SER se instrumenta a través de acuerdos de asociación débil”.

El escrito reconoce que “a día de hoy ANTENA 3 RADIO ha desaparecido como operador independiente del mercado radiofónico, en el sentido de que no existe una cadena de radio generalista que se identifique con tal operador”. Las emisoras son de titularidad de ANTENA 3 RADIO pero mantienen con la SER “acuerdos de asociación débil”.

El notificante alega que “la falta de unificación de propiedad y gestión de las emisoras de SER y de UNIÓN RADIO con las de ANTENA 3 RADIO ha dificultado aprovechar en toda su extensión las eficiencias que en su día se identificaron por el Tribunal al analizar la operación de concentración notificada en 1993”.

Por otro lado, el notificante justifica el replanteamiento de la operación en base a las modificaciones en los niveles de concentración permitidos en el mercado de la radio, derivadas de la aprobación de la Ley 10/2005, de 14 de junio.

A continuación el escrito entra a detallar los mercados afectados por la operación así como la posición en ellos y volúmenes de facturación de cada una de las empresas involucradas y las participaciones accionariales de éstas en otras sociedades del mismo sector.

El notificante considera que el mercado relevante de producto en esta operación es el de la publicidad en radio en base a que “los consumidores no pagan precio alguno por los servicios que reciben (los programas emitidos), sino que los ingresos de las empresas que prestan esos servicios proceden de la venta y difusión de espacios publicitarios en los programas que emiten”. En cuanto a la relación de audiencia e ingresos publicitarios, el notificante considera que, si bien debe reconocerse una correlación entre ambos, “llegados a un cierto punto no tienen por qué ser proporcionales. Aumentos de la audiencia no conllevan aumentos iguales del ingreso publicitario”.

Asimismo, el notificante estima que “la publicidad en radio constituye un mercado específico y distinto del de la publicidad en otros medios de comunicación” ya que “el grado de sustituibilidad entre los distintos soportes publicitarios (como televisión o prensa) no es lo suficientemente alto”¹⁷.

El escrito continúa señalando que “en este mercado están presentes tanto las emisoras privadas de radio como las emisoras públicas (autonómicas y municipales) que se financian total o parcialmente con publicidad, así como

¹⁷ No obstante, en otro apartado del escrito se señala que “la publicidad en radio compite hasta cierto punto con la publicidad en televisión y prensa” (página 37 del escrito) para, a continuación, desarrollar en qué consiste ese “cierto” nivel de competencia.

las emisoras que emiten sin concesión administrativa (emisoras ilegales), pero que también se financian con publicidad”.

Por lo que se refiere al mercado geográfico relevante, el escrito de notificación considera que “son los municipios en los que tengan emisoras, por un lado, UNIÓN RADIO o la SER y, por el otro, ANTENA 3 RADIO”.

Por otro lado, el notificante considera que “la práctica imposibilidad de obtener datos relativos al mercado publicitario y sobre audiencia a nivel de cada una de las Comunidades Autónomas y localidades en las que la operación de concentración produce solapamientos, y el hecho de que tanto la SER como ANTENA 3 tengan una cobertura nacional, aconsejan analizar estos dos indicadores a nivel nacional”.

En cuanto al mercado de la publicidad, el escrito comienza señalando que las empresas que miden los datos de este mercado lo hacen en base a los grupos de empresas, en los que consideran las emisoras propiedad del grupo y las vinculadas mediante un convenio de programación, y no en función de programas. Teniendo esto en cuenta, el notificante considera que debido a que “en virtud de los acuerdos de programación existentes, las emisoras de ANTENA 3 RADIO objeto de la presente operación de concentración ya venían emitiendo los programas y la publicidad en cadena contratada por la SER” (...) “desde el punto de vista de los ingresos por publicidad, la concentración va a suponer un mínimo incremento de la cuota total de UNIÓN RADIO/SER”. En realidad, sólo se añadirá la correspondiente a la programación de Radio Olé, hasta ahora gestionada por ANTENA 3 RADIO.

En este punto el notificante califica la presente operación como “una integración vertical de la SER con las emisoras de ANTENA 3 RADIO que emiten su programación”.

Los datos facilitados por el escrito de notificación señalan que los ingresos por publicidad en radio en España durante 2004 alcanzaron los 540,2 millones de euros de los que 235,1 millones (un 43,5% del total) correspondieron a la cadena SER; 136,5 millones (un 25,3% del total), a ONDA CERO; 104,7 millones (un 19,4% del total), a COPE; 20,4 millones (un 3,8% del total) a ANTENA 3 RADIO; repartiéndose el resto entre PUNTO RADIO y otras empresas. El análisis de las cifras de los dos años anteriores pone de manifiesto un ligero incremento en la cuota de mercado de la cadena SER (que pasa de un 42,9% en 2002 al 43,5% en 2004), ONDA CERO (de un 23,7% en 2002 a un 25,3% en 2004) y ANTENA 3 RADIO (de un 2,7% en 2002 a un 3,8% en 2004) y una ligera caída de COPE (de un 20,4% en 2002 a un 19,4% en 2004)¹⁸.

¹⁸ Estas cifras no coinciden con las aportadas en el informe de la CMT porque la fuente es distinta.

No obstante, el escrito avisa que esos datos, obtenidos del Estudio INFOADEX, no coinciden con “los datos reales de cada empresa” por diversas razones:

- el estudio citado toma en consideración “la facturación publicitaria de la totalidad de las emisoras que emiten la programación de las cadenas radiofónicas, sin distinguir entre los ingresos correspondientes a emisoras que son propiedad del Grupo de los que corresponden a emisoras ajenas vinculadas mediante un convenio de programación”,
- “INFOADEX hace una estimación de los ingresos de cada cadena sobre la base de sus respectivas tarifas y de un descuento estimado” que “no se corresponde con el precio real de las cuñas en cada emisora”, y
- “los datos correspondientes a la SER ya incluyen la facturación publicitaria en cadena de las emisoras asociadas, es decir que incluye también la facturación correspondiente a la publicidad en cadena de las 91 emisoras de ANTENA 3 RADIO que emiten alguna de las programaciones de la SER”.

El notificante considera que los datos reales de las empresas involucradas en esta operación serían distintos de los señalados por el Estudio INFOADEX: mientras este estudio asigna a la SER unas cifras de 235,1 millones de euros para 2004, “los datos reales de facturación” aportados por el escrito de notificación fijarían dicha cifra en los (CONFIDENCIAL) millones de euros. En el caso de ANTENA 3 RADIO, frente a una cifra de 20,4 millones establecida por el Estudio INFOADEX, la cifra real debería reducirse hasta los (CONFIDENCIAL) millones.

Respecto a las cifras de audiencia, el escrito comienza señalando que “tradicionalmente, la audiencia (...) se distingue y mide separadamente en función del tipo de contenidos, diferenciándose entre radio convencional o de programación generalista y radio fórmula o de contenido temático”.

En este sentido, el notificante considera que, en base a los datos del Estudio General de Medios (en adelante, EGM) y a estimaciones de la SER, los programas de radio fórmula musical del grupo SER alcanzaron unos niveles de audiencia en 2004 de alrededor del (CONFIDENCIAL) (frente a una cifra del (CONFIDENCIAL) en 2002) mientras que en el caso de Radio Olé (ANTENA 3 RADIO), esta cifra llegó al (CONFIDENCIAL) (frente a un

(CONFIDENCIAL) en 2002); repartiéndose el resto de la audiencia entre Cadena 100, Kiss FM, Europa FM, RNE/Radio 3, Top Radio y otras.

De estos datos, el notificante extrae las siguientes conclusiones:

- las radio fórmulas de la SER siguen siendo líderes de audiencia aunque su cuota viene “disminuyendo sensiblemente a lo largo de los últimos años”,
- esta disminución se explica por “la irrupción de Kiss FM” y “por el fuerte incremento de otras emisoras musicales”, y
- el incremento de audiencia de la empresa notificante “será poco significativo”.

Por otro lado, el notificante considera que la operación “no afecta directamente a la audiencia de la radio convencional, dado que ANTENA 3 RADIO no produce ninguna programación convencional”. En este caso, los datos que ofrece el escrito de notificación muestran que la cuota de la cadena SER en 2004 fue del (CONFIDENCIAL) (frente a un (CONFIDENCIAL) en 2002).

A partir de este punto, el notificante comienza el análisis de “la capacidad de emisión” en línea con la consideración de las autoridades de competencia de que las concesiones radiofónicas pueden funcionar como una barrera de entrada en el mercado.

Tras recordar las afirmaciones y reflexiones en esta materia incluidas en el informe de 1994 elaborado por este Tribunal, la modificación establecida por la Ley 10/2005 en cuanto a los límites a la propiedad de emisoras y llevar a cabo una comparación entre unos y otras, el notificante considera que el incremento del número máximo de emisoras que una misma persona física o jurídica puede tener en propiedad, incluida en la Ley 10/2005, respecto a lo dicho por el Tribunal en su informe de 1994, obedece a la “radical transformación de las condiciones de mercado en estos años”: frente a la existencia de 841 emisoras privadas comerciales en el momento de elaboración del informe de este Tribunal, en la actualidad esta cifra ha ascendido hasta las 1.272 emisoras. De la misma forma, el notificante señala que “también ha aumentado el número y la variedad de las cadenas de radio (...) todo lo cual refleja una mayor pluralidad de la oferta radiofónica”.

Por otro lado, respecto a los límites de la Disposición Adicional Sexta de la LOT, el notificante considera que tras la modificación incluida en la Ley 10/2005, las emisoras municipales también deben tenerse en cuenta a la hora

de contabilizar los límites a la propiedad. Asimismo, recuerda que el criterio de control que ha de manejarse es el fijado por el artículo 42 del Código de Comercio por lo que quedarían excluidas del cómputo “todas las emisoras asociadas o afiliadas que no estén controladas por una misma persona física o jurídica”.

No obstante, el notificante reconoce que “los órganos españoles de defensa de la competencia han venido aplicando un criterio más estricto a la hora de determinar cuándo una emisora debe considerarse equiparable o controlada por una cadena”. Esta sería, según el escrito, la situación que se produciría con los llamados contratos de asociación fuerte que provocarían que las emisoras con las que se hubieran firmado acuerdos de ese tipo fueran equiparables a las propias de la cadena en cuestión.

El notificante considera que el grado de fortaleza o debilidad del contrato de asociación que vincule a una emisora con una cadena debe ser el elemento a analizar a la hora de identificar si esta operación supone “una barrera de entrada significativa para sus competidores actuales o potenciales”. El escrito señala que “todos los convenios de programación suscritos por la SER responden a la tipología que el TDC definió como de vinculación débil”.

A partir de este punto, el notificante hace un análisis de la situación actual del mercado utilizando como referencia los límites cuantitativos establecidos por la nueva redacción de la Disposición Adicional Sexta de la LOT tanto a nivel nacional como autonómico o local.

En primer lugar, establece que “el GRUPO SER tiene 178 emisoras y que ANTENA 3 RADIO tiene 93 emisoras” por lo que la suma de las mismas queda “muy por debajo del tercio del conjunto de las emisoras de gestión indirecta o concesiones (782 emisoras) que prevé la Disposición Adicional Sexta de la LOT”.

En segundo lugar, en lo relativo al límite por Comunidad Autónoma del número total de localidades en las que existe una única concesión de radio, que la Disposición Adicional Sexta de la LOT fija en el 40%, el escrito señala que las empresas que se concentran no van a superar dicho límite.

En tercer lugar y en relación al número máximo de emisoras que una misma persona física o jurídica puede controlar en una misma localidad con un número de concesiones superior a uno, el escrito considera que las empresas que se concentran “únicamente superarán el número máximo de emisoras autorizadas en Los Llanos de Aridane”. En este sentido, “para cumplir (...) el límite cuantitativo impuesto por la LOT, los notificantes se comprometen a enajenar una emisora en esta localidad en un plazo no superior a tres meses

a contar desde el día en que la presente operación de concentración sea autorizada por las autoridades de defensa de la competencia”.

El notificante aclara que en este cómputo no se han tenido en cuenta las emisoras del llamado “Plan Piloto” en Cataluña porque “*stricto sensu* no disponen de la correspondiente concesión administrativa sino únicamente de una autorización provisional” pero sí se han incluido “las emisoras municipales que sí disponen de concesión”.

A modo de conclusión, el notificante considera que tras la ejecución de la operación “queda garantizada una importante presencia de otras emisoras comerciales”.

Por otro lado, el escrito considera que dado que “la práctica totalidad de las emisoras de ANTENA 3 RADIO estaban ya emitiendo programación y publicidad en cadena de los distintos productos de SER, y que por otra parte 10 emisoras de la SER a su vez emitían la programación y publicidad de Radio Olé”, la operación notificada no afectará a los niveles de precios en el mercado de la publicidad.

Respecto a la estructura del mercado afectado, el escrito señala que “los principales demandantes de espacios publicitarios son las empresas interesadas en anunciar productos y servicios”. Y continúa: “en la mayoría de los casos las sociedades que comercializan espacios publicitarios, (...) no suelen entrar en contacto directo con los clientes finales, sino que éstos utilizan normalmente agencias publicitarias para diseñar campañas y éstas, a su vez, contratan el espacio publicitario a través de centrales de medios”. El notificante considera que “tanto las centrales de medios como los grandes clientes tienen un elevado poder de negociación”.

Respecto a la estructura de la oferta, el notificante señala que los operadores radiofónicos suelen clasificarse en “públicos o privados según la naturaleza del difusor” y en “emisoras generalistas y emisoras temáticas”.

La primera distinción tendría repercusión en el modo de financiación, aunque cada vez más emisoras públicas se financian con ingresos provenientes de la publicidad por lo que, según el notificante, sería más adecuado utilizar el criterio de “emisora comercial”.

La segunda distinción se basa en el carácter de la programación de la emisora. En relación con ella, el notificante no considera que quepa distinguir “un eventual mercado de la publicidad en espacios de radio fórmula de música moderna” porque:

- “existe una variedad entre los programas con presencia de contenido musical”,
- “ante un incremento del precio de la cuñas en las radio fórmulas de música moderna las casas de discos podrían intensificar su promoción en otros programas de radio y en otros soportes a costa de aquellas”, y
- los espacios publicitarios de la radio fórmula no “se asignan en exclusiva o preferentemente a la promoción de música moderna¹⁹”.

No obstante, el notificante reconoce que “se puede observar cierto grado de especialización en función de la audiencia”.

Por otro lado, el escrito justifica la distinción entre la dinámica de competencia en la radio generalista y la radio fórmula en que en la lucha por la audiencia, las primeras “suelen basar su oferta en la contratación de locutores estrella” y las segundas “buscan encontrar más bien nichos más o menos amplios de mercado para captar a los oyentes fieles a cada tipo de producto”.

De todo lo anterior, el notificante concluye que “la propia lógica económica de estos mercados asegura el pluralismo en la oferta y la dispersión de los gastos publicitarios”.

A continuación, el escrito detalla las barreras legales a la entrada en este sector derivadas de la necesidad de obtener una concesión administrativa que otorgue la facultad de emisión y actuación en este mercado.

El notificante considera que, a la hora de valorar la incidencia real de esta barrera de entrada, deben tenerse en cuenta:

- “el elevado número de emisoras ilegales existentes”,
- “el hecho de que existen numerosas emisoras cuyos concesionarios no son las cadenas radiofónicas sino terceros vinculados por acuerdos de programación”, y
- que la Ley 10/2005 ha establecido “unos nuevos límites para evitar que la excesiva concentración de emisoras pueda constituir una barrera a la entrada o crecimiento de los competidores”.

¹⁹ El escrito de notificación señala que el peso de la inversión publicitaria de las casas discográficas en 2004 apenas ha superado el 6% del total de los ingresos publicitarios de las cadenas musicales del GRUPO SER.

Todo ello, según el notificante, explicaría que “pese a la existencia de una barrera legal a la entrada aparentemente importante, en la práctica en los últimos años han surgido (...) nuevas cadenas radiofónicas, tanto generalistas (...) como fórmulas”. A continuación, el escrito cita algunos de estos casos de reciente irrupción: Kiss FM, PUNTO RADIO, Rock & Gol, Hit Radio, RAC 1 y RAC 105 y Canal Fiesta.

En todo caso, el notificante considera que la incidencia de esta barrera a la entrada se reducirá “sensiblemente en los próximos meses” dado que “está prevista la aprobación, en lo que resta del año 2005 o a principios de 2006, de un nuevo Plan Técnico como consecuencia del cual se vaticina serán otorgadas unas 300 nuevas concesiones radiofónicas”.

Desde el punto de vista tecnológico, el notificante analiza brevemente la irrupción de la radio digital en el mercado español y considera que esta tecnología traerá mejoras muy importantes para el desarrollo del sector. No obstante, el escrito reconoce que “la DAB no está implantada, y con independencia de las inversiones que los adjudicatarios han tenido que realizar, no hay ingresos publicitarios ni audiencia de cada uno de los programas”.

Por último, el escrito analiza el impacto de la operación en los intereses de los consumidores o usuarios y llega a la conclusión de que, frente a la situación actual de vínculos asociativos entre la SER y ANTENA 3 RADIO, “la unificación de la propiedad en este caso puede favorecer una gestión más eficiente al reducir la incertidumbre y alinear incentivos con respecto a decisiones importantes de inversión, tecnológicas, o de *management*” y considera que, “en este caso, se trata de eficiencias específicas a la concentración”.

El notificante concluye manifestando que “de estas mejoras de la gestión empresarial y en la inversión pueden beneficiarse tanto oyentes como anunciantes” en forma de “menores costes de publicidad para los anunciantes y en una mayor facilidad de la planificación global de sus campañas publicitarias”.

5.6.2 Los escritos de alegaciones

5.6.2.1 El escrito de 12 de diciembre de 2005

El notificante remitió al Tribunal un primer escrito de alegaciones con fecha 12 de diciembre de 2005 que centra sus consideraciones en el informe enviado a

este Tribunal por el Consejo Audiovisual de Cataluña, cuyas principales cuestiones se recogen en el apartado 5.3.1 de este informe.

El notificante considera que el informe del Consejo “contiene numerosos errores y realiza un análisis incorrecto o incompleto del marco jurídico que afecta a la operación de concentración”.

En aras a justificar esta afirmación el notificante comienza su argumentación señalando que “es radicalmente falso” que la gestión de las emisoras propiedad de ANTENA 3 DE RADIO, S.A. sea realizada por UNIÓN RADIO, S.A. ni por ninguna otra sociedad del GRUPO PRISA dado que en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 “en noviembre de 2002 los GRUPOS PRISA y GODÓ procedieron a resolver de forma definitiva e irrevocable los negocios jurídicos en los que se instrumentó la citada operación de concentración²⁰”. El correcto cumplimiento de dicha Sentencia ha sido, según el notificante, “debidamente constatado por el Servicio, que el 30 de julio de 2004 dictó una Resolución teniendo por llevada a su puro y debido efecto la Sentencia”.

Asimismo y en referencia al informe del Consejo, el notificante considera que “es incorrecto mencionar, entre las sociedades en las que la SER tiene participación a las sociedades INVERSIONES RADIOFÓNICAS RÍO SAN PEDRO, S.A. y AGRUPACIÓN RADIOFÓNICA, S.A.”²¹, puesto que “ni la SER ni ninguna sociedad del GRUPO PRISA tienen participación accionarial en ninguna de las dos sociedades, ni ha designado a ninguno de los miembros de sus respectivos Consejos de Administración”.

El notificante señala que “sí es cierto que (CONFIDENCIAL) pero que “esta circunstancia obviamente no determina ninguna situación de control en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio”.

En esta misma línea de determinación del concepto de control en virtud de lo previsto por dicho artículo 42 del Código de Comercio, el notificante también considera que el informe del Consejo incurre en error al equiparar, desde el punto de vista de la aplicación de los límites establecidos por la Disposición Adicional Sexta de la LOT, las situaciones de sociedades controladas por la SER, ONA CATALANA o ANTENA 3 DE RADIO con aquéllas que sólo están vinculadas por acuerdos de programación concluyendo que “la existencia de acuerdos de programación no implica, desde el punto de vista de la LOT, ninguna relación de control”.

²⁰ Se refiere a la operación analizada en el apartado 2.2 de este informe.

²¹ *Vid.* Nota 15 de este informe.

Apoya esta conclusión, asimismo, en lo señalado en su momento por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2003²². También considera el notificante que esta conclusión es congruente con lo señalado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe C 13/93 en el que se diferenciaban las emisoras vinculadas con un contrato de asociación fuerte y aquellas en cuyos contratos de vinculación a las empresas notificantes no aparecían cláusulas que determinaban dicha vinculación fuerte. De esta forma, el notificante estima que “dado que estas emisoras pueden SER captadas por los competidores (...) no se computan como pertenecientes a la cadena con la que tienen suscrito un convenio de programación”.

Todo ello lleva al notificante a señalar que “es erróneo el análisis que efectúa el Consejo Audiovisual de Cataluña en la medida en que pretende atribuir a la SER las emisoras con las que únicamente existe un convenio de programación débil”.

Por otro lado, el notificante también considera que el informe del Consejo no tiene en cuenta “la existencia de 81 emisoras que actúan al amparo de una concesión administrativa provisional otorgada por el Gobierno de la Generalitat al amparo del llamado Plan Piloto”.

Todo ello lleva al notificante a concluir que “con la vigente redacción de la Disposición Adicional Sexta de la LOT, las empresas concentrantes no superan los límites previstos en ninguna localidad de la Comunidad Autónoma de Cataluña”.

El escrito de alegaciones termina con una lista de, a juicio del notificante, errores contenidos en los anexos al informe del Consejo en cuanto a la adjudicación de emisoras a la cadena SER que, en realidad, serían titularidad de asociados.

5.6.2.2 El escrito de 19 de diciembre de 2005

El notificante remitió al Tribunal un segundo escrito de alegaciones con fecha 19 de diciembre de 2005. En su escrito el notificante considera que, aunque normalmente el análisis de las autoridades de competencia debe centrarse en los efectos de la operación en el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 impuso

²² Dicha Sentencia señala que “la Disposición Adicional Sexta establece limitaciones que afectan exclusivamente a la titularidad de la concesión, pero no inciden sobre otros aspectos de su explotación, como los acuerdos de gestión, afiliación en cadena, programación, etcétera”.

también una obligación a estas autoridades de tomar en consideración algunas de las normas contenidas en la Disposición Adicional Sexta de la LOT, “para garantizar que quede suficientemente asegurada la pluralidad de la oferta radiofónica”.

Tras el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo, el artículo 21.4 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y el informe de 1994, el notificante concluye que “los límites derivados del pluralismo informativo pueden ser más restrictivos que los derivados de la LDC pero no a la inversa”.

El notificante también considera que la operación analizada en estos momentos tiene una diferencia significativa respecto a la notificada en 1993: mientras que en el caso de 1993 la operación no tuvo que ser autorizada por los órganos administrativos encargados de velar por la aplicación de la LOT, la presente operación “sí va a implicar una modificación en la titularidad de las acciones de una sociedad concesionaria, la cual requerirá de la autorización administrativa previa prevista en la letra f) de la referida Disposición Adicional Sexta de la LOT”. El notificante recuerda que la efectividad de la ampliación de capital está supeditada a la obtención de las autorizaciones administrativas necesarias.

De ello, el notificante concluye que “mientras que en la concentración autorizada en 1994 los órganos de defensa de la competencia debían, de alguna forma, sustituir el control de las autoridades sectoriales, en la presente operación basta con que se remitan al análisis que, en aplicación de la LOT, deberán necesariamente realizar esas autoridades sectoriales”.

A continuación el escrito señala que “la operación de concentración no va a producir efectos significativos sobre la competencia efectiva en el mercado”.

En el caso de la publicidad en radio, la ausencia de efectos se deriva de que el incremento de cuota será de sólo (CONFIDENCIAL) puntos porcentuales.

En el caso de los índices de audiencia, en radio convencional no habrá adición de cuota y en radio temática musical, la adición sólo será de (CONFIDENCIAL) puntos porcentuales.

Respecto a la capacidad de emisión, el notificante señala que el cuadro incluido en la página 17 del informe del Servicio resulta incongruente con lo señalado en el informe de 1994 porque en el cálculo de las emisoras pertenecientes a la cadena se vinculan las de “régimen de asociación débil” cuando el Tribunal había señalado en su informe de 1994 que las únicas

emisoras que se debían equiparar a las de titularidad propia eran aquellas que estaban vinculadas mediante contratos de asociación fuerte.

El notificante recuerda que SER y ANTENA 3 RADIO suprimieron, como consecuencia de la concentración de 1993, todas las cláusulas problemáticas de sus contratos de asociación y mantienen ahora con todos sus asociados un régimen de “asociación débil”²³.

En este sentido, el notificante considera que los datos correctos para medir la capacidad de emisión de la empresa resultante no son los que aparecen en la página 17 del informe del Servicio sino los de la Tabla número 5 del escrito de notificación en los que se aplica la distinción hecha por el informe de 1994. De esta forma, la cuota de mercado de la SER sería del 6,41% (181 emisoras sobre un total de 2.825 emisoras comerciales legales) y de un 14,23% si se consideran sólo las 1.272 emisoras privadas comerciales legales. A ello habría que añadir la cuota de ANTENA 3 RADIO que, en el primer caso, sería de 3,29% y, en el segundo, de 7,31%.

El notificante continúa señalando que la Sentencia del Tribunal Supremo confirmaba el análisis hecho por el informe de 1994 “desde el punto de vista estrictamente competencial o concurrencial”.

El escrito compara la situación actual con la de 1993 y llega a la conclusión de que las cuotas de mercado de la empresa resultante de esta operación son inferiores en todos los casos (publicidad, audiencia y capacidad de emisión). Ello es así, según el notificante, porque la mayoría de las emisoras de ANTENA 3 RADIO ya están distribuyendo productos de la SER, “de forma que en esta operación predominan los efectos verticales sobre los de solapamiento horizontal”, limitándose aquéllos a la integración de la programación que comercializa ANTENA 3 RADIO con las demás programaciones comercializadas por la SER.

El notificante apoya también esta conclusión en los comentarios y observaciones que eventuales afectados por la misma han hecho llegar al Tribunal así como en las conclusiones del informe de la CMT.

Por otro lado, el escrito cita algunos pasajes del informe de 1994 relativos a la preocupación del Tribunal en materia de barreras de entrada así como la recomendación hecha al Gobierno para que adoptara, a efectos regulatorios, el límite máximo de cuatro emisoras por municipio que se incluía en las condiciones para la autorización de la operación notificada en esos

²³ Salvo dos casos vinculados a ONA CATALANA: las frecuencias de (CONFIDENCIAL).

momentos. El notificante considera que la nueva redacción de la Disposición Adicional Sexta de la LOT recoge, en líneas generales, los principios expresados por el Tribunal en dicho informe.

Respecto a esta nueva redacción, el notificante considera que de su interpretación debería derivarse la no exclusión del cómputo a realizar de las emisoras municipales “sometidas a un régimen de gestión indirecta mediante concesión administrativa”, y recuerda que el concepto de “control” que ha de tenerse en cuenta es el previsto por el artículo 42 del Código de Comercio.

Las emisoras municipales sometidas a un régimen de gestión indirecta mediante concesión administrativa también deberían ser tomadas en consideración, a juicio del notificante, al analizar el impacto de la operación en el mercado de la publicidad en la radio puesto que también participan en el mismo. Para corroborar su posición el notificante señala el ejemplo de “COM RADIO que agrupa a un centenar de emisoras municipales en Cataluña y obtiene importantes ingresos por publicidad local y en cadena”.

Por otro lado, la principal diferencia que advierte el notificante en la nueva redacción de la Disposición Adicional Sexta de la LOT frente al análisis incluido en el informe de este Tribunal de 1994 es la elevación del límite máximo de concesiones que una persona física o jurídica puede ostentar de cuatro a cinco. En todo caso, cree que este incremento es congruente con el espíritu del informe de 1994 y se explicaría porque han cambiado las condiciones del mercado, fundamentalmente, en lo relativo al número de emisoras existentes (en 1994, había 841 emisoras privadas comerciales, y actualmente, esta cifra se eleva hasta las 1.272 emisoras) y al número y variedad de las cadenas de radio. El cambio en las condiciones del mercado refleja, a juicio del notificante, “una mayor pluralidad de la oferta radiofónica”.

El notificante concluye su argumentación señalando que el cambio del límite máximo contemplado por la nueva redacción de la Disposición Adicional Sexta de la LOT debería adoptarse también por este Tribunal y que resulta “absolutamente incomprensible” que el Servicio no lo haya hecho en su informe.

El escrito considera que esta conclusión viene asimismo corroborada por la previsión de ampliación del número de concesiones derivada del anuncio hecho por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio respecto a la aprobación de un Nuevo Plan Técnico “que permitirá otorgar aproximadamente 1.000 nuevas emisoras locales privadas”.

Fruto de todo lo expuesto anteriormente, el notificante considera que este Tribunal debería recomendar la autorización de la operación sometida a una

de las siguientes condiciones: subordinación de la aprobación a la obtención de las autorizaciones exigidas por la legislación sectorial o subordinación de la aprobación a que la empresa resultante se desprenda de una emisora en las localidades de Los Llanos de Aridane, Puertollano, Valdepeñas y en dos de las localidades de Castilla La Mancha en las que la empresa resultante disfruta de una concesión.

6. MERCADOS RELEVANTES

6.1 Delimitación de los mercados relevantes

La definición de los mercados relevantes tanto de producto como geográfico es esencial en el análisis de las operaciones de concentración empresarial dado que se configura como punto de partida necesario para estudiar el impacto de dichas operaciones en términos de obstaculización o no de la competencia efectiva.

La Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03) señala que el mercado de producto relevante comprende:

“la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”

Esta misma Comunicación se encarga de definir también el mercado geográfico relevante como

“aquella zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.”

Por último, la Comunicación señala como principios básicos a tener en cuenta a la hora de definir el mercado relevante: la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial.

6.2 Mercado de producto

El mercado de producto afectado por esta operación está directamente relacionado con las actividades que prestan las empresas involucradas en la misma.

Como se recoge en el apartado 4.1 de este informe, la SER es la cabecera del GRUPO PRISA en el mercado radiofónico. La SER está presente tanto en el ámbito de radio generalista, a través de la programación de la cadena SER y ONA generalista, como en el de la radio fórmula musical, a través de las programaciones de 40 Principales, Cadena DIAL, M-80, Máxima FM y ONA Música.

Por su parte, ANTENA 3 RADIO es una sociedad dedicada a la explotación de emisoras de radio que comercializa la radio fórmula musical Radio Olé, especializada en música de raíz española.

El mercado de los servicios radiofónicos tiene la peculiaridad de que el consumidor no paga por los mismos. Simplemente, disponiendo del aparato de radio correspondiente accede a los programas emitidos por las diferentes emisoras presentes en el ámbito de cobertura en el que se encuentre en ese momento.

A diferencia de los servicios de televisión, en los que cabe distinguir una modalidad gratuita frente a una de pago; en la radio, el consumidor no paga, en ningún caso, por los servicios (programas) que consume.

Por tanto, en este caso, no cabe hablar de un mercado de radioyentes. A efectos del análisis de competencia, el mercado de producto afectado por una operación sólo puede ser aquél en el que se venda o se compre algún producto o servicio. Por ello, a pesar de que los oyentes consuman un servicio (programas radiofónicos), el hecho de no pagar por dicho consumo implica que no se pueda hablar propiamente de un mercado de la captación de radioyentes.

En este punto es clave distinguir lo que se consume (programas radiofónicos) de lo que se vende (espacios publicitarios en dichos programas radiofónicos) para identificar este último como el mercado de producto afectado por la operación.

Esta consideración es congruente con diversos precedentes nacionales²⁴ y comunitarios, así como con el hecho de que la publicidad constituye la principal vía de financiación de las empresas radiofónicas privadas.

Todo ello no es óbice para que este Tribunal reconozca que existe una relación directa entre el número de oyentes de una emisora de radio y los ingresos en publicidad obtenidos. Esta realidad se pone de manifiesto al comprobar que en la competencia entre empresas por vender espacios publicitarios en los programas de radio, la lucha por aumentar el número de oyentes desempeña un papel muy importante.

Por otro lado, en línea con lo expresado por este Tribunal en el informe realizado en 1994 sobre esta misma operación (en adelante, el informe de 1994) y a la luz de la información disponible, se considera que el mercado de venta de espacios publicitarios en radio es un mercado específico y distinto del de venta de espacios publicitarios en otros medios de comunicación como la televisión, la prensa escrita o Internet.

Este Tribunal mantiene la afirmación hecha en el informe de 1994 según la cual, aunque la publicidad en radio pueda ser sustituible, en cierta medida, por la publicidad en otros medios, “no lo es en grado suficiente para que quien controlara la totalidad del mercado de radio no pudiera subir los precios por encima de los de la competencia”.

La venta de espacios publicitarios está directamente relacionada con la composición de la audiencia del medio correspondiente y, en este sentido, el Tribunal considera que la composición de la audiencia de un programa de radio puede mostrar características diferenciales respecto a la de un programa de televisión, un periódico, una revista o una página de Internet. Estas diferencias pueden provocar que, desde el punto de vista de las estrategias de las empresas compradoras de espacios publicitarios, no sean sustituibles unos medios por otros²⁵.

Asimismo, la CMT identifica en su informe algunos elementos específicos de la radio que pueden determinar las características de la venta de los espacios publicitarios: se trata de un medio complementario de otras actividades (se puede escuchar la radio mientras se conduce), tiene una gran capacidad de

²⁴ Informe de este Tribunal C 13/93, SER/A3/UNIÓN RADIO; informe del Servicio en el expediente N-304, UNIPREX/CANAL MUNDO/RECOLETOS, e informe del Servicio en el expediente N-05048, SER/ONA CATALANA.

²⁵ No obstante, aunque el Tribunal considere que se trata de mercados de producto distintos, a efectos del análisis de competencia, es necesario reconocer, como hacen tanto el notificante como el informe de la CMT, que existe una cierta presión competitiva entre unos medios y otros a la hora de vender espacios publicitarios.

segmentación (especialmente, geográfica) y permite a los anunciantes locales acceder a un medio con contenidos no locales.

Esta conclusión viene corroborada también porque los grandes grupos de comunicación no contratan la publicidad para la totalidad de sus medios. Según manifestó la empresa notificante en la reunión mantenida con este Tribunal, las distintas sociedades del GRUPO PRISA contratan la publicidad de forma independiente, es decir, los espacios publicitarios correspondientes al diario “El País” no se venden conjuntamente con los de la televisión en abierto “Cuatro” o de la cadena SER²⁶.

Se trata, por otro lado, de una conclusión idéntica a la alcanzada por otras autoridades nacionales de competencia de nuestro entorno como, por ejemplo, los informes de la *UK Competition Commission* en los casos CAPITAL RADIO PLC/VIRGIN RADIO HOLDINGS LIMITED y SCOTTISH RADIO HOLDINGS PLC/GWR GROUP PLC/GALAXY RADIO WALES/WEST LIMITED.

Llegados a este punto cabe profundizar en el análisis para tratar de identificar si es posible hacer segmentaciones adicionales en el mercado afectado en función del tipo de programación (generalista o radio fórmula) o del tipo de emisoras (privadas o públicas comerciales)²⁷.

Respecto a la primera posible segmentación, la justificación radica en que la composición de la audiencia de una emisora que emite programación general pueda ser distinta de la de otra que emita contenidos exclusivamente musicales (radio fórmula musical).

La distinción encontraría un argumento sólido a su favor en el hecho de que el Estudio INFOADDEX que mide la inversión publicitaria en España suele distinguir entre la inversión en radio generalista o convencional de la de radio fórmula.

No obstante, también caben argumentos en contra de dicha distinción.

En primer lugar, las emisoras con programación de radio fórmula musical tampoco tienen una audiencia homogénea entre sí puesto que, mientras unas están especializadas en últimas novedades (40 Principales), otras lo hacen

²⁶ No obstante, los notificantes reconocieron que sí se produce una contratación conjunta en el caso de los espacios publicitarios de radio correspondientes a la cadena SER y de televisión, de la cadena local “Localia”.

²⁷ El Tribunal no considera relevante, a los efectos de esta operación, analizar otro tipo de posibles segmentaciones como, por ejemplo, en base a la tecnología de difusión utilizada (analógica o digital) o al espacio radioeléctrico utilizado (frecuencia modulada, FM, u Ondas Medias, OM).

en selecciones de temas pop/rock de las últimas tres décadas (Kiss FM o M-80).

En segundo lugar, las características de la publicidad en las emisoras con programación generalista no difieren notablemente de las de radio fórmula musical: en ambos casos hay presencia de novedades discográficas o actividades musicales. Esta ausencia de especialización viene confirmada por los datos de inversión publicitaria en 2004 que muestra que en el caso de las emisoras que emiten radio fórmula musical del GRUPO SER, los ingresos derivados de la venta de espacios publicitarios para la promoción de novedades discográficas sólo supusieron un (CONFIDENCIAL) del total de sus ingresos publicitarios.

En todo caso, a los efectos de esta operación, el Tribunal considera intrascendente pronunciarse taxativamente sobre si se trata de dos mercados separados o de uno solo por dos motivos:

- el análisis de poder de mercado no va a centrarse en las cuotas derivadas de los ingresos publicitarios, por lo que la existencia o no de segmentación no variará las conclusiones que se alcancen, y
- ANTENA 3 RADIO sólo está presente en el mercado de la radio fórmula musical a través de la comercialización de su programación Radio Olé.

Respecto al segundo posible eje de segmentación, el Tribunal considera que cabe hablar de un mercado de producto específico de venta de espacios publicitarios de emisoras privadas por las siguientes razones:

- las tarifas publicitarias de las emisoras privadas difieren notablemente de las de las denominadas “emisoras públicas comerciales”,
- las características de la negociación de espacios publicitarios también es distinta, sobre todo, la nacional²⁸, y
- mientras que las emisoras privadas se financian casi totalmente mediante ingresos publicitarios, las “públicas comerciales” sólo lo hacen parcialmente.

²⁸ Las emisoras privadas se suelen agrupar en cadenas, mediante contratos de asociación o afiliación, para emitir la misma programación y vender conjuntamente los espacios publicitarios.

Por todo lo anterior, el Tribunal considera que el mercado de producto afectado por esta operación es el de venta de espacios publicitarios en emisoras radiofónicas privadas.

6.3 Mercados geográficos

Atendiendo a las características de la venta de espacios publicitarios en radio, este Tribunal considera que cabe segmentar el mercado geográfico afectado por la operación²⁹ en:

- mercado nacional, entendiéndose que se trata de espacios publicitarios vendidos para su difusión por todas las emisoras cuando emiten programación nacional, y
- mercados locales, entendiéndose que se trata de espacios publicitarios vendidos para su difusión en la programación local de las emisoras o durante los momentos de desconexión de la programación nacional.

Esta segmentación también obedece a las características de la capacidad de emisión. Teniendo en cuenta que la concesión de licencias se hace en base a coberturas locales o municipales³⁰, las condiciones de competencia pueden diferir de unas zonas a otras en función, por ejemplo, del número de licencias concedidas o la presencia en las mismas de unas u otras empresas.

Por otro lado, la distinción de un mercado nacional y los mercados locales también obedece al mecanismo de negociación de la publicidad para cada uno de ellos. Mientras que en el primer caso, la negociación suele hacerse en cadena, es decir, mediante la agrupación de diversas emisoras; en el segundo caso, la negociación suele ser más atomizada.

También el propio objeto de la publicidad difiere en un caso y en otro. Mientras que la publicidad para el mercado nacional suele concentrarse casi exclusivamente en grandes marcas, en el caso de los mercados locales suelen añadirse productos o servicios de ámbito estrictamente local.

²⁹ Esta segmentación también la ha llevado a cabo la *UK Competition Commission* en los casos citados en el apartado 6.2 de este informe.

³⁰ En línea con lo dispuesto por el Real Decreto 169/1989, que aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia; el Real Decreto 1388/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueba un incremento de frecuencias para gestión indirecta de emisoras, dentro del Plan Técnico Nacional anterior, y el Real Decreto 765/1993, de 21 de mayo, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora de Ondas Medias.

Estas diferencias conllevan, asimismo, implicaciones en el nivel de sustituibilidad de la publicidad en radio respecto a otros medios de comunicación en el caso del mercado nacional o en el de mercados locales. En el primer caso, el nivel de sustituibilidad, por ejemplo, con la televisión es mucho más elevado que en el segundo caso³¹.

De cualquier manera, como se desarrolla en los apartados siguientes y en línea con lo expresado por este Tribunal en el informe de 1994, a la hora de medir el poder de mercado de la empresa resultante el ámbito geográfico relevante será el local y, en todo caso, el autonómico para aquellas localidades en las que existe una única concesión.

Por último, cabe señalar que la delimitación precisa de lo que el Tribunal entiende como “mercados locales” está basada en los municipios recogidos en el Anexo 3 del Real Decreto 169/1989 con la ampliación incluida en el Real Decreto 1388/1997, de 5 de septiembre.

7. ESTRUCTURA DE LOS MERCADOS AFECTADOS

7.1 Características del modelo de negocio de la prestación de servicios radiofónicos

La competencia en el modelo de negocio de la prestación de servicios radiofónicos se asienta sobre la siguiente lógica: las empresas compiten por alcanzar elevados niveles de audiencia que repercutirán en mayores ingresos publicitarios bien por la venta de un mayor número de espacios publicitarios en los programas radiofónicos bien por el incremento de los precios de venta de dichos espacios publicitarios.

Asimismo, como punto de partida para desarrollar esta actividad, las empresas necesitan disponer de capacidad de emisión. Esta capacidad de emisión se materializa en la disposición de las licencias correspondientes para emitir la programación en un ámbito de cobertura determinado.

De lo anterior se puede extraer que el modelo de negocio de la radio se estructura alrededor de las siguientes tres variables:

- competencia por atraer publicidad,

³¹ En este caso el nivel de sustituibilidad sea quizá mayor con la prensa escrita local. Esta reflexión ya se apuntaba en el informe de 1994.

- competencia por la audiencia, y
- competencia por disponer de capacidad de emisión.

Por ello, a continuación, se lleva a cabo un análisis detallado de la estructura del mercado de la radio desde estas tres perspectivas.

7.2 El mercado de la venta de espacios publicitarios en radio

7.2.1 Estructura de la oferta

Con carácter previo al análisis de la estructura del mercado de la venta de espacios publicitarios en radio, cabe señalar que según las cifras del Estudio INFOADEX de la *Inversión Publicitaria en España en 2004* la distribución de ingresos por medios fue la siguiente:

REPARTO DE LA INVERSIÓN PUBLICITARIA ENTRE LOS DISTINTOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN (Datos de 2004)

| Tipo de medio | % sobre el total |
|---------------------------|------------------|
| Televisión | 43,5 |
| Diarios | 25,7 |
| Revistas | 10,8 |
| Radio | 8,8 |
| Publicidad exterior | 7,2 |
| Suplementos y dominicales | 1,8 |
| Internet | 1,5 |
| Cine | 0,7 |

La inversión publicitaria en radio alcanzó el 8,8% del total de la inversión publicitaria, por detrás de la televisión (un 43,5%), los diarios (un 25,7%) y las revistas (un 10,8%).

Según el mismo Estudio INFOADEX³², la inversión publicitaria en radio se ha repartido entre las empresas presentes en este mercado en los últimos tres años de la siguiente forma:

³² El estudio incluye toda la publicidad, tanto la nacional emitida en cadena como la local emitida durante las desconexiones, sin diferenciar entre emisoras propias de la cadena y asociadas salvo para el caso de PUNTO RADIO en que la estimación se refiere únicamente a la publicidad nacional y de Madrid.

INGRESOS PUBLICITARIOS POR EMPRESA
(Millones de euros)

| Empresa | 2002 | 2003 | 2004 |
|------------------------|--------------|--------------|--------------|
| UNIÓN RADIO-SER | 208,2 | 218,2 | 235,1 |
| Onda Cero | 115,2 | 123,5 | 136,5 |
| COPE | 98,7 | 101,8 | 104,7 |
| ANTENA 3 RADIO | 13,2 | 16,6 | 20,4 |
| PUNTO RADIO | n.a. | n.a. | 6,8 |
| Otros | 49,8 | 48,1 | 36,7 |
| TOTAL | 485,0 | 508,2 | 540,2 |

La tabla anterior muestra que la SER (más las empresas de UNIÓN RADIO recogidas en el apartado 4.1 de este informe) obtuvieron 235,1 millones de euros en ingresos publicitarios durante 2004. Esta cifra es superior en un 12,9% a la obtenida en 2002. Por detrás, se sitúan ONDA CERO, con unos ingresos en 2004 de 136,5 millones de euros (un 18,5% más que en 2002), y COPE, con 104,7 millones (un 6,1% en 2002).

Por su parte, la otra empresa involucrada en esta operación, ANTENA 3 RADIO, obtuvo ingresos por valor de 3,8 millones de euros, lo que supone un 40,7% más que la cifra registrada en 2002.

Estas cifras muestran que las cuatro empresas más relevantes en este sector han experimentado incrementos en los ingresos publicitarios obtenidos en 2004 respecto a los de dos años antes. No obstante, estos incrementos son superiores en los casos de ANTENA 3 RADIO y ONDA CERO frente a los registrados por la SER y COPE.

INGRESOS PUBLICITARIOS POR EMPRESA
(% sobre total)

| Empresa | 2002 | 2003 | 2004 |
|------------------------|--------------|--------------|--------------|
| UNIÓN RADIO-SER | 42,9 | 42,9 | 43,5 |
| ONDA CERO | 23,7 | 24,3 | 25,3 |
| COPE | 20,4 | 20,0 | 19,4 |
| ANTENA 3 RADIO | 2,7 | 3,3 | 3,8 |
| PUNTO RADIO | n.a. | n.a. | 1,3 |
| Otros | 10,3 | 9,5 | 6,8 |
| TOTAL | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

La tabla anterior muestra que la distribución de ingresos publicitarios entre las empresas presentes en el mercado de la radio da lugar a las siguientes cuotas de mercado: la SER obtuvo un 43,5% de los ingresos publicitarios en radio en 2004; seguido por ONDA CERO, con un 25,3%; COPE, con un 19,4%, y ANTENA 3 RADIO, con un 3,8%. De esta forma, la empresa fusionada, con datos de 2004, pasaría a tener una cuota de mercado del 47,3% en relación a los ingresos publicitarios de la radio.

No obstante, estos datos deben ser analizados con cautela puesto que, como señala el notificante, no coinciden con los datos que maneja cada empresa porque:

- el Estudio INFOADEX no distingue entre los ingresos de las emisoras de propiedad de la cadena de las vinculadas a la misma mediante contratos de asociación o afiliación³³, y
- la estimación se basa en las tarifas oficiales y no tiene en cuenta que sobre ellas las emisoras negocian descuentos con los compradores de espacios publicitarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, las cifras mostradas por el Estudio INFOADEX deben interpretarse más bien como los ingresos publicitarios obtenidos por productos en lugar de empresas. Es decir, lo que se denominan ingresos publicitarios de la SER serían más bien los ingresos correspondientes al “producto SER” que incluiría los relativos a todas las emisoras que incluyen en su programación alguno de los programas de la SER. En el caso de ANTENA 3 RADIO, las cifras harían más bien referencia a los ingresos publicitarios del producto “Radio Olé”, que es el que comercializa esta compañía, en el que se incluirían todas las emisoras que incluyen dicha programación.

Esto es así porque los convenios de asociación o afiliación que firman las emisoras para emitir su programación en cadena también implican que la publicidad se negocie conjuntamente.

Por ello, el notificante corrige a la baja los datos de las empresas involucradas resultando que:

- frente a unos ingresos asignados a la SER por el Estudio INFOADEX para 2004 de 235,1 millones de euros, el notificante considera que la cifra real es de (CONFIDENCIAL) millones, y

³³ Esto provoca, por ejemplo, que en el caso de la SER se contabilicen los ingresos publicitarios de las emisoras de ANTENA 3 RADIO con las que tiene firmado un convenio de asociación o afiliación.

- frente a unos ingresos asignados a ANTENA 3 RADIO por el Estudio INFOADEX para 2004 de 20,4 millones de euros, el notificante considera que la cifra real es de (CONFIDENCIAL) millones.

El Tribunal considera que, dado que la mejor medida de poder de mercado en este sector se basa en la capacidad de emisión³⁴, la determinación exacta de las cuotas de mercado en términos de ingresos publicitarios no modifica sustancialmente las conclusiones de este informe.

En todo caso, parece ser que las cifras de la empresa fusionada son inferiores a las registradas en 1992 que se utilizaron para elaborar el informe del Tribunal de 1994. Mientras que, con datos de 2004, la cuota de mercado de la empresa fusionada estaría, en cualquier caso, por debajo del 50%; en el caso del informe de 1994, la cuota se ubicaba alrededor del 70%.

Son muchos los factores que pueden explicar esta caída de cuota de mercado de la empresa fusionada, entre los que destacan: la presión competitiva del resto de operadores, la aparición de emisoras públicas municipales y autonómicas que también venden espacios publicitarios, la ampliación del número de emisoras tras las concesiones de nuevas licencias en 1997, la aparición de nuevas cadenas radiofónicas e, incluso, el desarrollo de emisoras ilegales.

Por último, cabe decir que no es posible desagregar los anteriores datos por Comunidades Autónomas o localidades, es decir, estimar qué parte corresponde a publicidad contratada para la programación nacional y cuál, para la local, y en base a esa distinción determinar la estructura de mercado específica de cada localidad.

El notificante ha aportado datos relativos únicamente a las empresas involucradas en esta operación. De los mismos se extrae que de los ingresos publicitarios totales de la SER, el (CONFIDENCIAL) correspondió a publicidad contratada a nivel local; el (CONFIDENCIAL) a nivel nacional, y el restante (CONFIDENCIAL) a nivel autonómico. Por su parte, el (CONFIDENCIAL) de los ingresos publicitarios de ANTENA 3 RADIO correspondieron a publicidad contratada a nivel local, y el restante (CONFIDENCIAL) a nivel nacional.

De esta forma, mientras los ingresos de ANTENA 3 RADIO parecen (CONFIDENCIAL); los de la SER, (CONFIDENCIAL).

³⁴ El informe de 1994 ya señalaba que “la cuota de mercado en las ventas, o sea la publicidad, es un mal indicador a la hora de medir el poder de dominio en este mercado” (página 32 del informe).

7.2.2 Estructura de la demanda

La demanda de espacios publicitarios en radio se estructura de manera distinta en lo relativo al mercado nacional que en los mercados locales. En el mercado nacional intervienen las denominadas centrales de medios. Por su parte, en la publicidad a nivel local, aunque también intervienen las centrales de medios, las empresas suelen tener mayor protagonismo a la hora de comprar espacio publicitario para sus productos.

A nivel nacional los principales demandantes de espacios publicitarios son las agencias publicitarias que los compran para promocionar los productos de sus clientes (las empresas que las han contratado) a través de centrales de medios. Es decir, no suele existir relación directa entre los gestores de la emisora de radio y la empresa cuyo producto o servicio se anuncia en su programación.

Esta forma de contratación otorga un fuerte poder de negociación a las agencias publicitarias puesto que sus compras de espacio publicitario, a través de centrales de medios, suelen ser de dimensiones elevadas por lo que pueden negociar importantes descuentos respecto a las tarifas oficiales de las emisoras.

La tabla siguiente muestra las cuotas de mercado de las principales centrales de medios clientes de la empresa notificante.

PRINCIPALES CLIENTES DE LA SER (% sobre total, datos de 2004)

| Empresa | % sobre total |
|------------------------------------|----------------------|
| Media Planning Group, S.A. | (CONFIDENCIAL) |
| Carat España, S.A. | (CONFIDENCIAL) |
| The Media Partnership, S.A. | (CONFIDENCIAL) |
| Starcom Worldwide Media Estrategia | (CONFIDENCIAL) |
| Magna Global | (CONFIDENCIAL) |

FUENTE: El notificante.

Las cifras anteriores muestran un importante grado de atomización lo que implica que difícilmente pueda hablarse de que la SER depende exclusivamente de alguna de las agencias publicitarias o viceversa.

Sin embargo, si se procede a comparar los precios de los espacios publicitarios de la cadena SER con los de sus principales competidores (COPE y ONDA CERO), parece ponerse de manifiesto que la SER tiene un

mayor poder de negociación respecto a las agencias publicitarias que sus competidores puesto que sus tarifas son superiores en casi todos los tipos de programas, cuñas publicitarias y horarios examinados.

La tabla siguiente contiene, a título de ejemplo, un análisis comparativo de tarifas publicitarias de algunos programas de la SER, COPE y ONDA CERO que compiten por la misma audiencia.

TARIFAS PUBLICITARIAS OFICIALES 2004/2005 (Euros)

| Programa | Precio cuña 15” | Precio cuña 20” |
|--------------------------------|------------------------|------------------------|
| Informativos | | |
| Hoy por Hoy (SER) | 1.010 | 1.345 |
| Herrera en la Onda (ONDA CERO) | | 1.060 |
| La mañana (COPE) | 975 | |
| Deportivos | | |
| El larguero (SER) | 4.165 | 5.555 |
| Al primer toque (ONDA CERO) | | 3.000 |
| El tirachinas (COPE) | 2.250 | |
| Entretenimiento | | |
| A vivir que son dos días (SER) | 1.720 | 2.290 |
| Te doy mi palabra (ONDA CERO) | | 2.000 |
| Al sur de la semana (COPE) | 1.545 | |

FUENTE: El notificante.

La tabla anterior muestra, por ejemplo, que una cuña publicitaria de 20 segundos en el programa de la SER “Hoy por Hoy” es un 33,2% más cara que en su competidor directo, el programa de ONDA CERO, “Herrera en la Onda”. La diferencia es aún mayor (un 85,1%) si se compara el precio de una cuña publicitaria de 15 segundos en el programa deportivo de la SER, “El larguero”, con la misma cuña en el programa “El tirachinas” de COPE.

El mayor poder de negociación que se desprende de las diferencias en tarifas mostradas por la tabla anterior se deriva lógicamente de los mayores niveles de audiencia de los programas de la SER frente a los de sus competidores como se señala en el apartado 7.3 de este informe.

De esta forma y siguiendo los ejemplos anteriores, mientras la audiencia del programa “Hoy por Hoy”, según datos de la segunda ola (trimestre) de 2005 del EGM, es de 2.980.000 oyentes, las cifras correspondientes al programa “Herrera en la Onda” se quedan en los 1.358.000 oyentes. En el caso de los programas deportivos “El larguero” y “El tirachinas”, el mismo estudio asigna audiencias de 1.535.000 oyentes y 470.000 oyentes, respectivamente.

Si se relacionan los precios con el número de oyentes de cada programa, la conclusión sería la siguiente:

- mientras en el caso de “Hoy por Hoy”, el precio de la cuña publicitaria de 20 segundos es de 1 euro por 2.216 oyentes; en el caso del programa “Herrera en la Onda”, la correlación sería de 1 euro por 1.281 oyentes; es decir, en términos relativos, anunciarse en este último programa es más caro que en el del competidor directo de la cadena SER puesto que con un euro de inversión se llega a menor número de oyentes, y
- mientras en el caso de “El larguero”, el precio de la cuña publicitaria de 15 segundos es de un 1 euro por 368 oyentes; en el caso de “El tirachinas”, la correlación sería de 1 euro por 209 oyentes; es decir, de nuevo, en términos relativos, anunciarse en este último programa es más caro que en el del competidor de la cadena SER.

Estas diferencias pueden venir explicadas, además de por las estrategias específicas de cada anunciante y cada emisora, por la diferencia en la composición de las audiencias. En este sentido, no es lo mismo para la agencia publicitaria un oyente con un poder adquisitivo elevado que uno con ingresos medios o bajos.

7.2.3 Otros

Por último, también cabe mencionar que las empresas presentes en el mercado de la radio son compradoras de diversos tipos de servicios y productos.

Estos servicios y productos se dividen, fundamentalmente, en dos:

- técnicos, relacionados con las cuestiones técnicas de emisión, y
- contenidos, relacionados con los derechos de propiedad intelectual necesarios para diseñar los programas (por ejemplo, derechos deportivos o musicales).

Estos proveedores de servicios y productos a las emisoras de radio suelen diversificar su cartera de clientes abarcando diversos medios de comunicación. Por ejemplo, las empresas propietarias de derechos de autores musicales o derechos sobre acontecimientos deportivos comercializan dichos derechos tanto a las emisoras de radio como a las cadenas de televisión. De la misma forma, las empresas dedicadas a la

prestación de servicios técnicos necesarios para hacer llegar la señal de emisión a los receptores de radio también están presentes en otros mercados de comunicaciones.

La tabla siguiente muestra los principales proveedores de este tipo de servicios y productos de la cadena SER durante 2004.

PRINCIPALES PROVEEDORES DE LA SER
(% sobre total, datos de 2004)

| Empresa | % sobre total |
|--|----------------------|
| Net Radio Media Latina, S.A. | (CONFIDENCIAL) |
| Sociedad General de Autores y Editores | (CONFIDENCIAL) |
| Santa Mónica Sports, S.L. | (CONFIDENCIAL) |
| Telefónica, S-O-S-T-E-S-A | (CONFIDENCIAL) |
| AGEDI | (CONFIDENCIAL) |

FUENTE: El notificante.

Las empresas presentes en la tabla anterior y las cifras expresadas muestran que no existe dependencia alguna por parte de las principales empresas proveedoras de este tipo de servicios y productos respecto a la cadena SER.

7.3 La audiencia de programas radiofónicos

En estrecha relación con los ingresos publicitarios de una emisora se encuentran los niveles de audiencia de cada uno de los programas emitidos por la misma.

En este sentido, las empresas encargadas de medir la audiencia (en nuestro país, fundamentalmente, el Estudio General de Medios) muestran los datos en función del tipo de programas. De esta forma, se distingue entre los programas de radio convencional o generalista, los de radio fórmula y los que combinan programas de los dos tipos (mixtos).

La presencia de las empresas involucradas en esta operación en la radio convencional o generalista se limita a la cadena SER puesto que ANTENA 3 RADIO no comercializa ningún producto de este tipo.

En la oferta de la cadena SER destacan los siguientes programas: en horario de mañana, “Hoy por hoy”; en horario de tarde, “La Ventana”, y en horario de noche, “Hora 25”. Estos programas compiten por la audiencia con otros de contenido similar comercializados por otras emisoras como, por ejemplo: “La

Mañana”, “La Tarde con Cristina” o “La Linterna” de COPE, o “Herrera en la Onda”, “Gomaespuma” o “La Brújula” de ONDA CERO.

Según los datos de la tercera ola de 2005 del Estudio General de Medios, difundido el 13 de diciembre de 2005, el reparto de la audiencia entre empresas sería el siguiente:

AUDIENCIA DE CADENAS DE RADIO CON PROGRAMACIÓN CONVENCIONAL
(Número de oyentes, datos de la tercera ola de 2005)

| Cadena | Número de oyentes |
|-------------|-------------------|
| SER | 4.996.000 |
| COPE | 2.316.000 |
| Onda Cero | 1.872.000 |
| RNE-1 | 1.403.000 |
| PUNTO RADIO | 523.000 |

FUENTE: Estudio General de Medios (EGM).

La tabla anterior muestra que la cadena SER es el líder nacional en número de oyentes (con casi cinco millones), muy por delante de la cadena COPE (con 2,3 millones) y ONDA CERO (con 1,9 millones).

No obstante, como muestra la siguiente tabla, esta distancia parece venir reduciéndose en los últimos años en relación con la COPE.

AUDIENCIA DE CADENAS DE RADIO CON PROGRAMACIÓN CONVENCIONAL
(Número de oyentes)

| Cadena | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
|------------|------------------|------------------|------------------|------------------|
| SER | 4.424.000 | 5.029.000 | 5.408.000 | 4.996.000 |
| COPE | 1.728.000 | 1.653.000 | 2.014.000 | 2.316.000 |
| ONDA CERO | 2.340.000 | 2.206.000 | 2.219.000 | 1.872.000 |

NOTA: Los datos correspondientes a los años 2002, 2003 y 2004 son promedios anuales; mientras que los datos de 2005 son los relativos a la tercera ola (tercer trimestre).

FUENTE: Estudio General de Medios (EGM).

Mientras que los datos de la tercera ola de 2005 muestran que la audiencia de la programación convencional de la cadena SER ha aumentado un 12,9% respecto a los datos promedio de 2002; las cifras de la cadena COPE para el mismo período muestran un incremento del 34,0%.

Por su parte, los datos de audiencia relativos a la radio fórmula musical se ofrecen desagregados por programas. En este sentido, cabe señalar que la cadena SER comercializa los siguientes programas de radio fórmula musical: cadena 40 Principales, cadena DIAL, cadena M80, Máxima FM y ONA Música. Por su parte, ANTENA 3 RADIO comercializa la radio fórmula Radio Olé.

La tabla siguiente muestra los datos de audiencia en relación con los programas de las cadenas de radio fórmula musical.

**AUDIENCIA DE CADENAS DE RADIO FÓRMULA MUSICAL
(Número de oyentes, datos de la tercera ola de 2005)**

| Cadena | Número de oyentes |
|------------------------------|--------------------------|
| Cadena 40 Principales | 3.214.000 |
| Cadena DIAL | 1.762.000 |
| Kiss FM | 1.320.000 |
| Cadena M80 | 829.000 |
| Cadena 100 | 693.000 |
| Radio Olé | 391.000 |
| Canal Fiesta | 359.000 |
| Europa FM | 309.000 |
| RNE-3 | 280.000 |
| Máxima FM | 226.000 |

FUENTE: Estudio General de Medios (EGM).

De los datos de la tabla anterior, se pone de manifiesto que el líder indiscutible de este segmento comercial es la “cadena 40 Principales” seguido por “cadena DIAL” y “Kiss FM”.

Asimismo, la tabla anterior muestra que la empresa resultante de la operación comercializaría cinco de los diez programas de radio fórmula musical más oídos en España.

En términos de adición de cuotas, cabe decir que a la audiencia actual de los programas comercializados por la SER se añadirían los 391.000 oyentes de Radio Olé. De esta forma, los productos de radio fórmula musical comercializados por la empresa resultante de la operación sumarían un total de 6,4 millones de oyentes de los que alrededor del 6% corresponderían a la programación que aporta ANTENA 3 RADIO (Radio Olé).

En cualquier caso, al igual que se señalaba a la hora de analizar los ingresos publicitarios, a juicio de este Tribunal, los datos de audiencia no son los más

adecuados para estimar correctamente el poder de mercado de una empresa radiofónica; en parte, debido a su volatilidad³⁵.

7.4 La capacidad de emisión

A juicio de este Tribunal, en línea con lo expresado en los apartados anteriores y como ya se señalaba en el informe de 1994³⁶, ni los ingresos publicitarios ni los niveles de audiencia son indicadores adecuados para medir el poder de mercado de una empresa en este sector.

El verdadero poder de mercado de una empresa se deriva de su capacidad de emisión. La capacidad de emisión se materializa en la disponibilidad de las concesiones correspondientes. Estas concesiones son bienes limitados que la Administración competente saca al mercado mediante licitaciones.

Por tanto, la capacidad de una empresa de acceder a este mercado se deriva:

- de que la Administración competente decida sacar al mercado nuevas concesiones, y
- que la empresa resulte adjudicataria de alguna de las concesiones licitadas.

De esta forma, este Tribunal entiende, al igual que lo hacía en su informe de 1994, que la capacidad de emisión actúa como una barrera de entrada a este mercado y como tal se analizará en el apartado 8 de este informe.

No obstante, en este apartado cabe adelantar que la capacidad de emisión de una empresa se integra por dos variables:

- el número de concesiones de titularidad propia, y
- el número de emisoras que están asociadas a su cadena mediante los contratos correspondientes.

³⁵ A modo de ejemplo, cabe decir que los datos de la tercera ola de 2005 del EGM muestran variaciones del número de oyentes en las cadenas convencionales respecto a la segunda ola de este mismo año (es decir, el tercer trimestre frente al segundo trimestre) que rondan el 5% en el caso de ONDA CERO y alcanzan hasta el 10% en el de PUNTO RADIO.

³⁶ Páginas 32 y siguientes del informe.

Respecto a las emisoras de titularidad de las empresas involucradas en esta operación, los datos aportados por el notificante muestran que la SER dispone de 181 títulos de concesión y ANTENA 3 RADIO dispone de 93 emisoras en régimen de propiedad.

Las cifras de los principales competidores de esas empresas muestran que ONDA CERO dispone de 150 concesiones propias y la COPE aglutina 148 concesiones. A mayor distancia, se sitúan Kiss FM con 62 concesiones propias y PUNTO RADIO con 23 concesiones.

No obstante, para obtener la medida correcta de la capacidad de emisión de una empresa, las cifras del párrafo anterior deben completarse con las emisoras que se encuentran vinculadas a ella mediante un contrato de asociación o afiliación.

Los contratos de asociación o afiliación son acuerdos firmados entre las grandes cadenas de radio con emisoras independientes mediante las cuales comparten la programación en cadena a cambio de ceder una parte de los ingresos publicitarios obtenidos.

Estos contratos contienen cláusulas muy diversas en cada caso pero, a grandes rasgos, implican que las emisoras asociadas a la cadena están obligadas a incluir en su programación la totalidad de los programas de la cadena, a contratar conjuntamente la publicidad de la cadena y a emitir exclusivamente la programación de la cadena.

En este sentido, la cadena SER cuenta con 294 emisoras asociadas o afiliadas de las que 10 son emisoras que estaban vinculadas a ONA CATALANA con carácter previo a la integración de ésta en la SER, 93 emisoras son de ANTENA 3 RADIO y 191 emisoras son de empresas independientes.

Por su parte, ANTENA 3 RADIO tiene firmados acuerdos de asociación con 17 emisoras para la programación de Radio Olé, de las que 10 emisoras son propiedad de SER.

Por su parte, la COPE y ONDA CERO cuentan con 65 y 45 emisoras asociadas, respectivamente.

De esta forma, la empresa resultante de la operación notificada contará con 274 concesiones propias (93 corresponderían a ANTENA 3 RADIO) y 208 emisoras asociadas (7 corresponderían a los acuerdos de ANTENA 3 RADIO con empresas distintas de la SER) frente a 148 emisoras propias y 65

asociadas en el caso de COPE y 150 emisoras propias y 45 asociadas en el caso de ONDA CERO.

Teniendo en cuenta que en la actualidad existen 1.272 emisoras privadas comerciales las cuotas de mercado en capacidad de emisión (concesiones propias + emisoras asociadas) de los principales operadores en el mercado de la radio tras la ejecución de la operación notificada serían las siguientes: SER (un 37,9%), COPE (16,7%) y ONDA CERO (15,3%).

Estas cifras serían inferiores a las de la situación de mercado de 1993 sobre la que se basó el informe de este Tribunal de 1994. En aquel caso la SER y ANTENA 3 RADIO sumaban 381 emisoras de un total de 841 emisoras, es decir, contaban con una cuota de mercado del 45,3%.

8. BARRERAS A LA ENTRADA

8.1 Consideraciones preliminares

Barreras a la entrada son consideradas todos aquellos obstáculos e impedimentos que dificultan la llegada de nuevas empresas a un determinado mercado³⁷. Tradicionalmente, estas barreras se han clasificado en dos tipos: legales y económicas³⁸.

Las barreras legales son las que proceden del marco regulador al que está sujeto el sector correspondiente y las económicas obedecen a la propia estructura de funcionamiento del mercado en términos de costes o inversiones necesarias.

En determinados sectores también pueden existir barreras de entrada tecnológicas derivadas, por ejemplo, del uso exclusivo³⁹ de determinado producto o grupo de productos, claves para el desempeño de la actividad empresarial correspondiente.

Un análisis correcto de las barreras de entrada y su impacto sobre el funcionamiento competitivo del mercado es trascendental para valorar los efectos que la operación notificada habrá de tener sobre la competencia

³⁷ Son equiparables todas aquellas barreras que impiden la expansión de empresas ya presentes en el mercado correspondiente.

³⁸ En este caso, el análisis se centra exclusivamente en las barreras de tipo legal porque son las que mayores efectos despliegan en el funcionamiento competitivo del mercado afectado.

³⁹ Por ejemplo, derivado de la posesión de patentes o licencias de uso exclusivo.

efectiva. La existencia o no de barreras de entrada determina que una posición empresarial de poder de mercado adquiera un carácter duradero y estructural o, por el contrario, sea fácilmente contestable y, por lo tanto, coyuntural.

Esta visión dinámica del comportamiento competitivo de los mercados es especialmente relevante en el caso de sectores emergentes y con un grado de innovación tecnológica importante. Y es en las operaciones de concentración empresarial relativas a estos sectores en las que el análisis de las barreras de entrada adquiere mayor trascendencia puesto que será la existencia o no de éstas la que establecerá que una determinada estructura de mercado sea duradera o coyuntural.

8.2 Análisis de las barreras de entrada aplicable a esta operación

Otra situación en la que el análisis de las barreras de entrada es especialmente relevante es la relativa a la existencia de trabas legales a la llegada de nuevos competidores o a la expansión de las empresas ya presentes en el mercado.

Esta situación es la que se produce en el mercado afectado por la operación notificada. Cualquier operador que desee acceder al mercado radiofónico necesita disponer de la correspondiente concesión administrativa que otorga la facultad de emisión.

Este régimen concesional, que determina la competencia en el mercado radiofónico, se deriva de la necesidad de repartir un recurso limitado como es el espectro radioeléctrico y que obliga, por tanto, a que las emisiones estén reguladas tanto en el plano nacional como en el internacional.

La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante, LOT) es la encargada de regular las modalidades de explotación de los servicios radiofónicos estableciendo que:

- en el caso de los servicios de onda media (OM), la prestación podrá hacerse de forma concurrente: directamente por el Estado o sus entes públicos o indirectamente mediante concesión administrativa estatal a través de personas físicas o jurídicas, y
- en el caso de los servicios de frecuencia modulada (FM), la prestación podrá hacerse de forma, igualmente concurrente: directamente por las Administraciones Públicas (Comunidades Autónomas) o sus entes públicos con competencia en la materia;

indirectamente, mediante concesión administrativa, por las Corporaciones Locales, o indirectamente mediante concesión administrativa a personas físicas o jurídicas.

El régimen de transmisión de las concesiones administrativas otorgadas se encuentra regulado en la Disposición Adicional Sexta de la LOT y requiere la autorización previa del órgano competente.

Las concesiones administrativas para gestión indirecta de emisoras en el territorio nacional son básicamente las que figuran en el Real Decreto 1388/1997, de 5 de septiembre, para ondas métricas con modulación de frecuencia, y en el Real Decreto 765/1993, de 21 de mayo, para ondas medias.

Por otro lado, el notificante apunta que está previsto que en un futuro próximo se desarrolle un Nuevo Plan Técnico de la FM que permita otorgar nuevas frecuencias y, por tanto, ampliar el número de emisoras públicas y privadas existentes. El escrito final de alegaciones contiene en su anexo 2 una nota de prensa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en el que se avanzan algunos datos de este Nuevo Plan Técnico.

Este Nuevo Plan vendría a completar el vigente Plan Técnico de FM, aprobado en 1989 y modificado parcialmente en 1997. No obstante, a los efectos de determinar la estructura del mercado y el impacto de la operación notificada en el mantenimiento de la competencia efectiva, a juicio de este Tribunal, no pueden valorarse con precisión las consecuencias de la puesta en marcha de dicho Nuevo Plan Técnico dada la indeterminación e incertidumbre en que se encuentra en el momento de elaboración de este informe.

Más allá de estas cuestiones, lo que parece indudable es que el número de concesiones existentes en el mercado sólo podrían aumentarse mediante la asignación de nuevas frecuencias del espectro radioeléctrico y su salida a concurso.

De esta forma, el régimen concesional que regula la actividad radiofónica y la excepcionalidad de los planes técnicos que liberan nuevas frecuencias, determinan que *de facto* las emisoras sólo puedan ampliar su oferta a través de otras emisoras ya existentes en el mercado⁴⁰.

Este uso de otras emisoras ya existentes en el mercado para la ampliación de la oferta puede hacerse por diversas vías como, por ejemplo:

⁴⁰ Esta problemática viene identificada también en el informe de 1994.

- la adquisición de la concesión correspondiente,
- la firma de convenios de asociación o afiliación,
- la compra de participaciones accionariales de la empresa titular de la concesión, o
- el acceso al Consejo de Administración de la empresa titular de la concesión.

La primera opción está sujeta a una doble restricción:

- la necesidad de contar con la autorización previa pertinente, y
- la necesidad de respetar los límites máximos fijados por las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT.

Las otras opciones son más accesibles en la medida que se enmarcan en la negociación comercial propia y libre de los operadores económicos.

Por ello, este Tribunal considera que es especialmente importante que en un sector como el analizado en este informe en el que existe una barrera legal indudable, el resto de posibilidades de ampliación de la oferta de emisión se mantengan abiertas a todos los competidores actuales y los futuros entrantes. Sólo de esta forma se podrá producir un verdadero juego de la dinámica concurrencial en este mercado.

En este sentido, es importante señalar, como se desarrolla en el capítulo siguiente, que los contratos de asociación firmados por emisoras independientes con las grandes cadenas de radio pueden actuar como barreras de entrada en la medida que incluyan cláusulas que establezcan, por ejemplo, vínculos de larga duración, pactos de no competencia, penalizaciones muy duras para las rescisiones unilaterales o aquellas otras que dificulten la firma de contratos futuros similares con otras cadenas.

El informe de 1994 enfoca su preocupación principal a eliminar este tipo de cláusulas y, de esta forma, permitir a las pequeñas emisoras decidir libremente con qué empresa firman los convenios de programación y publicidad que consideren oportunos.

Como se pone de manifiesto en los capítulos siguientes, en la situación actual estos convenios de asociación han reducido su efecto contrario a la competencia al eliminar las cláusulas identificadas como más problemáticas, pero pueden vislumbrarse otros mecanismos de influencia de las grandes

cadena en las emisoras independientes que deben ser tratadas también como barreras de entrada.

Estas nuevas barreras de entrada habrán de ser tomadas muy en consideración a la hora de analizar los efectos que la operación notificada pudiera desplegar sobre la competencia efectiva.

9. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA

9.1 Los ingresos publicitarios y los niveles de audiencia como un parámetro inadecuado para medir los efectos sobre la competencia

Según lo previsto por el artículo 16 LDC, el informe del Tribunal debe dictaminar sobre si la operación notificada puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados.

Por ello, una vez analizada la estructura, características y barreras de entrada al mercado afectado, es el momento de analizar el impacto de la operación en dicho mercado.

En este sentido y como se ha venido señalando en los apartados anteriores, el Tribunal considera que el parámetro más adecuado para medir el poder de mercado de la empresa resultante es su capacidad de emisión.

Los niveles de audiencia son un parámetro adecuado para medir la popularidad de un locutor o un determinado programa o, incluso, del conjunto de una cadena de radio pero no son la variable idónea para calibrar la posición de mercado de la empresa correspondiente porque no es absolutamente evidente la forma en la que dichos niveles de audiencia tienen su traslación a conceptos económicos o comerciales propios del mercado.

Los niveles de audiencia asociados, por ejemplo, a los programas de mañana son muy volátiles porque dependen, en gran medida, del presentador del programa correspondiente. De esta forma, la fidelidad de la audiencia no es hacia el programa sino hacia el/la presentador/presentadora. Es decir, el nivel de audiencia de un determinado programa puede variar radicalmente si su presentador/a se traslada a un programa de la competencia.

Otro factor que hace inadecuado el parámetro de la audiencia para medir el poder de mercado de una empresa de radio se deriva del análisis de las tarifas publicitarias. Si bien es cierto que las tarifas de las cuñas publicitarias son más elevadas en los programas con mayores niveles de audiencia; sin

embargo, no existe una correlación directa entre el número de oyentes de un programa y el precio de la cuña publicitaria.

Esta conclusión se pone de manifiesto, como se señala en el apartado 7.2.2 de este informe, al comprobar que, en términos relativos, tomando en consideración el precio de la cuña publicitaria por cada oyente, desde la perspectiva del anunciante sería más caro comprar espacio publicitario en los programas de los competidores de la SER.

En fin, indudablemente, todas las emisoras de radio compiten por alcanzar mayores niveles de audiencia pero, a los efectos del análisis de competencia, este Tribunal considera que el parámetro de la audiencia no es el más adecuado para determinar que una operación obstaculiza o no el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado afectado.

La misma conclusión se alcanza al analizar el mercado de la venta de espacios publicitarios. En primer lugar, las autoridades de competencia se encuentran un obstáculo importante para llevar a cabo un análisis correcto, derivado de la falta de datos desagregados por municipios y localidades que permitan identificar la presencia real de la empresa resultante en los mercados publicitarios locales.

Por lo que se refiere a los mercados nacionales, las cadenas de radio encuentran un fuerte contrapeso a un hipotético poder de mercado en la forma que se comercializan los espacios publicitarios. La presencia de grandes agencias publicitarias que contratan cantidades elevadas de espacio publicitario para las campañas de sus numerosos clientes otorga a aquéllas un gran poder de negociación frente a las cadenas de radio.

Por último, el análisis de los ingresos publicitarios nos podría llevar a una conclusión falsa dada la situación real actual del mercado.

Más allá de la obligada desconcentración a que dio lugar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 que anulaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994 en el que se había aprobado la operación notificada en 1993, la situación actual del mercado muestra, como señala el propio notificante, que “en virtud de los acuerdos de programación existentes, las emisoras de ANTENA 3 RADIO objeto de la presente operación de concentración ya venían emitiendo los programas y la publicidad en cadena contratada por la SER”.

Más tajante aún es la CMT que en su informe señala que “la SER y ANTENA 3, a efectos del análisis de competencia en el mercado de la publicidad por

radio, forman una unidad económica” y concluye que, a los efectos de mercado, se estaría “en presencia de una única empresa”.

El Tribunal considera que, si bien a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 y las actuaciones administrativas y judiciales a que dio lugar⁴¹, la SER y ANTENA 3 RADIO se desconcentraron en términos de propiedad, la realidad del funcionamiento del mercado hace que desde el punto de vista de la programación, la identificación de marca o la contratación de la publicidad⁴² actúen *de facto* como una unidad económica.

El hecho de que 91 de las 93 emisoras de ANTENA 3 RADIO ya emitan la programación de la cadena SER y contraten conjuntamente la publicidad provoca que, si se utilizaran los parámetros de audiencia e ingresos publicitarios, la conclusión sería que el impacto de la operación en el mercado es prácticamente inapreciable.

Sin embargo, como se pone de manifiesto a continuación, el impacto real de la operación no es inapreciable si se utilizan parámetros de análisis distintos de los niveles de audiencia o los ingresos publicitarios.

9.2 La capacidad de emisión como parámetro más adecuado para medir los efectos sobre la competencia

Descartados estos dos parámetros, el Tribunal considera que la variable que permite una aproximación más adecuada a la determinación de los efectos de la operación en el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado es la capacidad de emisión.

La capacidad de emisión, como se ha visto en apartados anteriores, es la verdadera barrera a la entrada en este mercado que actúa tanto como obstáculo a la ampliación de la cuota de mercado de las empresas ya presentes como a la entrada de nuevos competidores.

9.2.1 El análisis del informe del Tribunal de 1994

El análisis de los apartados anteriores, en síntesis, coincide con el realizado por este Tribunal en el informe de 1994.

⁴¹ Dichas actuaciones administrativas y judiciales vienen detalladas en el apartado 2.2 de este informe.

⁴² Adicionalmente, el apartado 4.1 de este informe identifica los vínculos estructurales existentes entre ANTENA 3 RADIO y GRUPO PRISA con carácter previo a la operación notificada.

En aquel momento el Tribunal consideró que la capacidad de emisión de la empresa resultante de la operación notificada estaba integrada por dos variables:

- las emisoras de titularidad propia, y
- las emisoras con las que la empresa resultante de la operación tenía firmados convenios de asociación.

El Tribunal decidió incorporar esta segunda variable a la hora de valorar la capacidad de emisión de la empresa resultante al analizar que los contratos de asociación vigentes en ese momento contenían una serie de cláusulas que obstaculizaban con carácter casi absoluto la firma de acuerdos de programación o publicidad con otros competidores.

Algunas de las cláusulas identificadas como más graves por el Tribunal eran las siguientes:

- vinculación a la cadena por períodos de tiempo indefinido,
- pactos de no competencia de dos años tras la rescisión de los contratos con la cadena,
- la separación voluntaria de una emisora independiente quedaba supeditada a la aprobación de la cadena,
- aplicación de severas penalizaciones a los supuestos de resolución contractual por denuncia voluntaria de la emisora independiente, o
- enumeración exhaustiva de supuestos que daban lugar a acciones civiles contra la empresa independiente como elemento disuasorio.

La suma de estas cláusulas provocaba que si un competidor de la empresa resultante de la operación quisiera ampliar su cuota de mercado, entendida en términos de capacidad de emisión, mediante la firma de acuerdos de programación y publicidad con emisoras independientes, encontraría un obstáculo insalvable en los acuerdos firmados por la cadena SER y ANTENA 3 RADIO con sus asociados.

De esta forma, el informe de 1994 concluía que a la hora de medir la capacidad de emisión de la empresa resultante debían sumarse a las emisoras de titularidad propia, todas aquellas con las que se hubiesen firmado acuerdos que contuviesen alguna de las cláusulas señaladas

anteriormente y que el Tribunal denominó como convenios de “asociación fuerte”.

Una vez determinada lo que podríamos llamar “la cuota de mercado de la empresa resultante en términos de capacidad de emisión”, el Tribunal diseñó un sistema para determinar los límites cuantitativos máximos por debajo de los cuales se garantizaba el mantenimiento de la competencia efectiva.

Aplicando esta lógica el Tribunal consideraba que si la empresa resultante de aquella operación superara dichos límites debería adoptar medidas para no sobrepasarlos.

En su informe de 1994 el Tribunal estableció un triple límite:

- en primer lugar, ninguna persona física o jurídica podría disponer de más de cuatro emisoras en un mismo municipio,
- en segundo lugar, en aquellos municipios en los que hubiera menos de ocho emisoras y más de una, la empresa resultante no podría disponer de más de la mitad de las emisoras existentes, y
- en tercer lugar, para aquellas localidades con una sola emisora, la empresa resultante no podría disponer de más del 40% de las emisoras únicas de las localidades que se encontraran en esa situación en una misma Comunidad Autónoma.

El Tribunal justificaba el establecimiento de estos límites de la siguiente forma.

Respecto al primero, “en opinión del Tribunal, permitir disponer de un número superior a cuatro emisoras supondría un riesgo serio desde el punto de vista de la competencia. Disponer de cuatro emisoras supone el 25% de las emisoras en Madrid, el 30% de las emisoras en Barcelona”⁴³.

Respecto al segundo, el Tribunal consideró que el límite del 50% garantizaba la presencia de otros operadores que, al menos, unidos, alcanzarían la misma cuota de mercado que la empresa resultante de la operación notificada.

Respecto al tercero, el Tribunal estimaba que “en las localidades con una sola emisora es evidente que no cabe hacer ninguna distinción a nivel local y, por

⁴³ Pág. 60 del Informe C 13/93.

tanto, lo único que sugiere el Tribunal es que haya un cierto equilibrio en la distribución de emisoras a nivel de Comunidades Autónomas”⁴⁴.

La aplicación de dichos límites a la situación de la empresa resultante provocó que el Tribunal recomendara al Gobierno que la autorización de la operación debería supeditarse a que la empresa resultante vendiera emisoras o modificara los contratos de asociación existentes en aquellos casos en los que se superaba alguno de los tres límites señalados anteriormente.

9.2.2 La adaptación del análisis de 1994 a la situación actual

El análisis hecho por este Tribunal en 1994 fue adoptado por el Consejo de Ministros que mediante Acuerdo de 20 de mayo de 1994 decidió autorizar la operación notificada supeditándola al cumplimiento de las condiciones que había recomendado el Tribunal.

Como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo anuló dicho Acuerdo mediante Sentencia de 9 de junio de 2000 pero, de la lectura de la misma, se comprueba que el Tribunal Supremo confirmó el análisis hecho por el Tribunal en materia de competencia y el único motivo de la anulación del Acuerdo del Consejo de Ministros fue la ausencia de análisis en cuanto al impacto de la operación en términos del pluralismo informativo.

De lo anterior se debe extraer una conclusión indudable como es que el análisis hecho por este Tribunal en 1994 fue validado tanto por el Consejo de Ministros como por el Tribunal Supremo.

Esta circunstancia, unida a que el modelo y características del negocio no han cambiado sustancialmente, hace que, a juicio del Tribunal, dicho análisis siga siendo válido hoy día con las matizaciones que se señalan a continuación.

9.3 Aplicación de la nueva lógica de análisis a la situación actual

En lo relativo al análisis sobre los límites máximos que la empresa resultante deberá respetar en cada municipio, localidad o Comunidad Autónoma, el Tribunal considera que su justificación sigue siendo válida.

Es cierto que el número de concesiones es mayor hoy día que en 1993, pero el reparto de emisoras entre los competidores ya existentes en aquella fecha,

⁴⁴ Pág. 60 del Informe C 13/93.

los que han entrado al hilo de estas nuevas concesiones y la mayor presencia de emisoras municipales, no impiden que el acercamiento que hizo el Tribunal en 1994 para medir correctamente los efectos de la operación en el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado siga siendo válido.

La estructura de mercado ha podido cambiar ligeramente, disminuyendo la cuota de mercado de la empresa resultante, pero no hay razón para que los límites cuantitativos que eran válidos para este Tribunal, el Consejo de Ministros y el Tribunal Supremo a la hora de garantizar el respeto a la competencia efectiva en cada uno de los mercados en 1994, no lo sigan siendo ahora.

Por lo tanto, este Tribunal asume que los límites identificados en el informe de 1994, señalados en el apartado 9.2.1 de este informe, siguen siendo aplicables en este caso.

Diferente análisis merece el método para medir la capacidad de emisión de la empresa resultante de la operación.

Como ya se ha señalado, el Tribunal en su informe de 1994 medía la capacidad de emisión de la empresa resultante en función de dos variables: las emisoras de titularidad propia y aquellas otras que estaban vinculadas a su cadena mediante contratos de “asociación fuerte”.

A juicio de este Tribunal, el notificante ha demostrado que la cadena SER ha modificado en los últimos años sus contratos de asociación con emisoras independientes, eliminando las cláusulas que el informe de 1994 identificaba como de “asociación fuerte” o, dicho con otras palabras, que suponían un obstáculo insalvable a la actuación independiente de las emisoras asociadas⁴⁵.

Esa falta de actuación independiente suponía un impedimento radical a que los competidores de la empresa fusionada, o posibles nuevos entrantes, ampliasen su cuota de mercado mediante la firma de convenios de programación con emisoras independientes. Esta circunstancia, unida a que el régimen concesional a que está sometido el mercado de la radio actúa como una importante barrera de entrada, implicaba que las cuotas de mercado fueran prácticamente inamovibles.

El Tribunal considera que, dadas las modificaciones en las cláusulas de los contratos de asociación, hoy día dichos contratos no suponen un obstáculo

⁴⁵ Salvo los casos correspondientes a los acuerdos entre ONA CATALANA y RADIO AMBIENTE MUSICAL, S.A. relativos a las frecuencias de (CONFIDENCIAL).

insalvable a la actuación independiente de las emisoras y, por tanto, no deben computarse, a la hora de medir la capacidad de emisión de la misma, en igualdad de condiciones, las emisoras que tienen suscritos estos acuerdos de asociación con las emisoras de titularidad propia de la cadena.

De esta forma, las emisoras con las que la SER o ANTENA 3 RADIO tienen simplemente un contrato de asociación quedarán excluidas del cómputo a la hora de aplicar los límites señalados anteriormente.

Sin embargo, este Tribunal considera que, en línea con la lógica del informe de 1994, se pueden identificar situaciones en las que determinadas emisoras que no pertenecen al GRUPO SER ni a ANTENA 3 RADIO, sin embargo, mantienen vínculos de diverso tipo con ellas que limitan su actuación independiente en el mercado en los términos señalados en los párrafos anteriores.

El Tribunal estima que se da esta circunstancia en las siguientes situaciones:

- a) aquellos casos en los que UNIÓN RADIO, SER o ANTENA 3 RADIO están presentes en el capital accionario de una emisora no perteneciente al grupo resultante, bien sea de forma mayoritaria o minoritaria,
- b) aquellos casos en los que algún miembro del Consejo de Administración de UNIÓN RADIO, SER o ANTENA 3 RADIO está presente en el Consejo de Administración de una emisora no perteneciente al grupo⁴⁶, y
- c) aquellos casos en los que UNIÓN RADIO, SER o ANTENA 3 RADIO comparten con una emisora no perteneciente a su grupo presencia en el capital accionario de una tercera empresa.

Las emisoras que se encuentran en alguno de los casos anteriores, si bien no pueden ser consideradas como controladas por la empresa resultante desde el punto de vista del artículo 42 del Código de Comercio, no pueden afrontar decisiones claves de política comercial como la programación, la contratación

⁴⁶ En el informe C 86/04 DISA/SHELL se puede identificar un precedente claro en esta línea. En aquel caso el Tribunal recomendó, y el Consejo de Ministros siguió dicha recomendación, supeditar la aprobación de la operación notificada al cumplimiento de diversas condiciones entre las que estaba que durante un período de cinco años DISA no podría tener como miembros en su Consejo de Administración o en los de sus empresas filiales a miembros del Consejo de Administración, directivos o personas con poder de representación de sociedades del grupo CEPSA ni viceversa. El Tribunal decidió recomendar que se supeditara la aprobación de la operación a, entre otras, el cumplimiento de esa condición porque consideró que esa presencia simultánea en los Consejos de Administración de las dos empresas podría suponer un obstáculo claro a la autonomía comercial de DISA respecto a posibles ofertas a recibir por parte de competidores de CEPSA.

de la publicidad o la imagen de marca de forma absolutamente independiente.

La presencia de la empresa resultante de esta operación en su capital accionarial, de alguno de los miembros de su Consejo de Administración en el Consejo de Administración, u órgano análogo, de la emisora o la presencia simultánea de la empresa resultante y una emisora independiente en el capital de una tercera empresa supone que la empresa resultante ostenta una posición de influencia en dichas emisoras que no puede ser replicada por ninguno de sus competidores o nuevos entrantes.

Esa posición de influencia puede ser determinante para que decisiones claves de política comercial a adoptar por dichas emisoras se tomen en función de los intereses de la empresa resultante y no con la lógica propia de una situación de absoluta independencia.

El Tribunal considera que el criterio de control del artículo 42 del Código de Comercio, que es aplicable desde la óptica de los límites establecidos por la Disposición Adicional Sexta de la LOT, no es extrapolable al análisis de los efectos en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados porque, como se ha demostrado en numerosas ocasiones, los efectos contrarios a la competencia no se derivan exclusivamente del control, en términos de propiedad, de una tercera empresa sino que caben muchas formas de obstaculizar la competencia efectiva sin ostentar la propiedad sino, simplemente, logrando disponer de una influencia decisiva para la toma de decisiones claves de política comercial.

Por ello, este Tribunal considera que, a la hora de determinar la capacidad de emisión de la empresa resultante, deben computarse, además de las emisoras de titularidad propia, todas aquellas en las que se produzca alguna de las situaciones expresadas en las anteriores letras a), b) y c) y que determinan un poder de influencia de la empresa resultante sobre ellas que no puede SER replicado por sus competidores actuales o nuevos entrantes.

De esta forma, utilizando el **criterio de la letra a)** deben computarse todas las emisoras participadas por UNIÓN RADIO, grupo SER o ANTENA 3 RADIO que aparecen en las tablas de los apartados 4.1 y 4.2 de este informe así como las pertenecientes a ONA CATALANA, S.A.

A los efectos de medir la influencia de la empresa resultante en dichas empresas, el Tribunal considera que el carácter minoritario de la presencia accionarial puede disminuir la fortaleza de la influencia pero, en cualquier caso, esa influencia sigue produciéndose y genera una situación asimétrica respecto a otros competidores.

Por su parte, utilizando el **criterio de la letra b)** deben computarse todas aquellas emisoras en cuyo Consejo de Administración, u órgano análogo, tenga presencia algún miembro del Consejo de Administración de UNIÓN RADIO, GRUPO SER o ANTENA 3 RADIO.

En este sentido y en función de los datos aportados por el notificante en los anexos 10 y 11 del escrito de notificación, habrán de computarse las siguientes sociedades: (CONFIDENCIAL).

Por último, en línea con el **criterio de la letra c)** deben computarse también aquellas emisoras con las que la empresa resultante comparte presencia accionarial en una tercera empresa de radio.

En este caso se encuentran:

- RADIO AMBIENTE MUSICAL, S.A. que comparte con la SER presencia en el capital accionarial de ONA CATALANA (la SER ostenta el 85% del capital y RADIO AMBIENTE MUSICAL, el 15% restante)⁴⁷, y
- RADIOCAT XXI, S.L.⁴⁸ que es una emisora propiedad de GRUPO GODÓ que, a su vez, es propietario del 20% de UNIÓN RADIO.

9.4 Aplicación de los límites a la situación actual

Una vez definidas las emisoras que habrán de computarse a la hora de aplicar los límites cuantitativos máximos que la empresa resultante no debe superar en cada municipio, localidad o Comunidad Autónoma examinada, debe procederse a dicha aplicación.

Como se ha señalado en el apartado anterior, este Tribunal considera que el análisis hecho en el informe de 1994 sigue siendo válido hoy día y, por tanto, los límites máximos a aplicar a esta operación de concentración son los siguientes:

LÍMITE 1. En aquellos municipios con ocho o más emisoras, la empresa resultante no podrá superar el límite de cuatro emisoras.

⁴⁷ (CONFIDENCIAL).

⁴⁸ (CONFIDENCIAL).

LÍMITE 2. En aquellas localidades con más de una emisora y menos de ocho, la empresa resultante no podrá superar el límite del 50% de las emisoras.

LÍMITE 3. En aquellas localidades con una sola emisora, la empresa resultante no podrá superar el límite del 40% de las emisoras de las localidades que se encuentren en esa situación en una misma Comunidad Autónoma.

Todo ello, entendiendo que las referencias anteriores a “la empresa resultante” se hacen con la perspectiva de incluir todas aquellas situaciones expresadas en las letras a), b) y c) del apartado 9.3 de este informe.

9.4.1 Aplicación del límite 1: un máximo de cuatro emisoras en municipios con ocho o más concesiones

De la aplicación del límite 1 a la situación de la empresa resultante, las cifras muestran que se superaría dicho límite en los casos de Sevilla, Zaragoza, Palma de Mallorca, Madrid, Barcelona y Girona.

Según se observa en la siguiente tabla, en los casos de Sevilla, Zaragoza, Palma de Mallorca y Girona, el límite se superaría en una emisora; en el caso de Madrid, el límite se superaría en dos emisoras, y, por último, en el caso de Barcelona, el límite se superaría en tres emisoras.

CASOS EN LOS QUE LA EMPRESA RESULTANTE SUPERARÍA EL LÍMITE 1

| Municipio | Situación de la empresa resultante | Comentarios |
|------------------|---|--|
| Sevilla | Se superaría el límite en una emisora | Las cinco emisoras asignadas a la empresa resultante son: cuatro emisoras del GRUPO SER y una emisora de (CONFIDENCIAL). |
| Zaragoza | Se superaría el límite en una emisora | Las cinco emisoras asignadas a la empresa resultante son: tres emisoras del GRUPO SER y dos emisoras de ANTENA 3 RADIO. |

| | | |
|-------------------|---|--|
| Palma de Mallorca | Se superaría el límite en una emisora | Las cinco emisoras asignadas a la empresa resultante son: dos emisoras del GRUPO SER, dos emisoras de ANTENA 3 RADIO y una emisora de RAMSA. |
| Barcelona | Se superaría el límite en tres emisoras | Las siete emisoras asignadas a la empresa resultante son: cuatro emisoras del GRUPO SER, una emisora de (CONFIDENCIAL) una emisora de RAMSA y una emisora de (CONFIDENCIAL). |
| Girona | Se superaría el límite en una emisora | Las cinco emisoras asignadas a la empresa resultante son: tres emisoras del GRUPO SER, una emisora de RAMSA y una emisora de (CONFIDENCIAL). |
| Madrid | Se superaría el límite en dos emisoras | Las seis emisoras asignadas a la empresa resultante son: tres emisoras del GRUPO SER, una emisora de ANTENA 3 RADIO, una emisora de RAMSA y una emisora de (CONFIDENCIAL). |

9.4.2 Aplicación del límite 2: la mitad de las emisoras en un mismo municipio

De la aplicación del límite 2 a la situación de la empresa resultante, las cifras muestran que se superaría dicho límite en los casos de Vélez Málaga, Los Llanos de Aridane, Puertollano, Valdepeñas, Tarancón, Tortosa, Villagarcía Arosa, Melilla y Tafalla.

Según se observa en la siguiente tabla, en todos los casos, el límite se superaría en una emisora.

CASOS EN LOS QUE LA EMPRESA RESULTANTE SUPERARÍA EL LÍMITE 2

| Localidad | Situación de la empresa resultante | Comentarios |
|-----------------------|---------------------------------------|--|
| Vélez Málaga | Se superaría el límite en una emisora | Las dos emisoras asignadas a la empresa resultante son: una emisora del GRUPO SER y una emisora de (CONFIDENCIAL). |
| Los Llanos de Aridane | Se superaría el límite en una emisora | Las dos emisoras asignadas a la empresa resultante son: una emisora del GRUPO SER y una emisora de ANTENA 3 RADIO. |
| Puertollano | Se superaría el límite en una emisora | Las tres emisoras asignadas a la empresa resultante son: dos emisoras del GRUPO SER y una emisora de ANTENA 3 RADIO. |
| Valdepeñas | Se superaría el límite en una emisora | Las dos emisoras asignadas a la empresa resultante son: una emisora del GRUPO SER y una emisora de ANTENA 3 RADIO. |
| Tarancón | Se superaría el límite en una emisora | Las dos emisoras asignadas a la empresa resultante son: una emisora de ANTENA 3 RADIO y una emisora de (CONFIDENCIAL). |
| Tortosa | Se superaría el límite en una emisora | Las dos emisoras asignadas a la empresa resultante |

| | | |
|-------------------|---------------------------------------|--|
| | | son: una emisora del GRUPO SER y una emisora de ANTENA 3 RADIO. |
| Villagarcía Arosa | Se superaría el límite en una emisora | Las dos emisoras asignadas a la empresa resultante son: una emisora de (CONFIDENCIAL) y una emisora de (CONFIDENCIAL). |
| Melilla | Se superaría el límite en una emisora | Las tres emisoras asignadas a la empresa resultante son: dos emisoras del GRUPO SER y una emisora de (CONFIDENCIAL). |
| Tafalla | Se superaría el límite en una emisora | Las dos emisoras asignadas a la empresa resultante son: una emisora del GRUPO SER y una emisora de (CONFIDENCIAL). |

9.4.3 Aplicación del límite 3: el 40% en localidades con única concesión en una misma Comunidad Autónoma

De la aplicación del límite 3 a la situación de la empresa resultante, las cifras muestran que se superaría dicho límite en los casos de Castilla La Mancha y Cataluña.

Según se observa en la siguiente tabla, en ambos casos, el límite se superaría en dos emisoras.

CASOS EN LOS QUE LA EMPRESA RESULTANTE SUPERARÍA EL LÍMITE 3

| Comunidad Autónoma | Situación de la empresa resultante | Comentarios |
|--------------------|--|--|
| Castilla La Mancha | Se superaría el límite en dos emisoras | Los municipios contabilizados son: La Roda, Daimiel, Herencia, Socuéllamos, Azuqueca, Molina Aragón, Madridejos y Torrijos. |
| Cataluña | Se superaría el límite en dos emisoras | Los municipios contabilizados son: Berga, Martorell, Masnou, Mataró, Sitges, Vilafranca Penedés, Banyoles, Olot, Palamós, Ripoll, Rosas, Santa Coloma Farners, Cervera, Cambrils, Gadesa, Salou y San Carles Rápita. |

9.4.4 Aplicación de los límites sólo a aquellas situaciones en las que se haya producido solapamiento

El informe del Tribunal de 1994 señalaba que “parece lógico que las condiciones expuestas sólo se apliquen a los notificantes allí donde la posición de predominio se ha adquirido como consecuencia de la concentración, pero no en aquellas localidades donde ya se tenía previamente una posición de predominio”⁴⁹. El Tribunal continuaba señalando que “si no se hiciera así no sería equitativo puesto que las otras emisoras comerciales, también mantienen una posición de predominio en otras localidades”⁵⁰.

⁴⁹ Pág. 61 del Informe C 13/93.

⁵⁰ Página 61 del informe C 13/93.

Este Tribunal considera que, de igual forma a lo ocurrido en 1994, la aplicación de los límites anteriores a la empresa resultante debería implicar obligaciones de desinversión, o alguna de las medidas recogidas en el apartado siguiente y en el dictamen de este informe, sólo en aquellas situaciones en las que dichos límites se superan como efecto de la operación notificada.

De esta forma, de los resultados extraídos en los apartados 9.4.1, 9.4.2 y 9.4.3 de este informe, deben excluirse aquellas situaciones en las que la presencia de ANTENA 3 RADIO no sea el elemento determinante por el cual la empresa resultante supere los límites ya señalados.

Así, este Tribunal considera que sólo se superarían dichos límites como efecto de la operación notificada en los siguientes casos: Zaragoza (en una emisora), Palma de Mallorca (en una emisora), Barcelona (en una emisora)⁵¹, Girona (en una emisora)⁵², Madrid (en una emisora), Los Llanos de Aridane (en una emisora), Puertollano (en una emisora), Valdepeñas (en una emisora), Tarancón (en una emisora), Tortosa (en una emisora), Castilla La Mancha (en una emisora)⁵³ y Cataluña (en dos emisoras)⁵⁴.

9.4.5 Formas para el cumplimiento de los límites

Al igual que el informe de 1994 ofrecía a la empresa resultante de la operación diversas posibilidades de actuación a la hora de no sobrepasar los límites fijados⁵⁵, este Tribunal considera que la empresa resultante podría respetar dichos límites de diversas formas, como se detalla en el dictamen de este informe, entre las que destacan: la venta de emisoras de titularidad propia, la salida del capital accionario de emisoras independientes, la salida de los miembros de los Consejos de Administración de UNIÓN RADIO, SER o ANTENA 3 RADIO de los Consejos de Administración de emisoras no pertenecientes al grupo de la empresa resultante, o mediante la ruptura de los vínculos estructurales con terceras emisoras.

⁵¹ Frente al análisis del apartado 9.4.1 de este informe, en realidad, la operación sólo añade una emisora de influencia a la empresa resultante que es la derivada de (CONFIDENCIAL).

⁵² Se sigue la misma lógica que el caso de Barcelona.

⁵³ La reducción de dos a una emisora se debe a que, de los municipios contabilizados en la tabla del apartado 9.4.3 de este informe, sólo en uno de ellos tiene presencia ANTENA 3 RADIO.

⁵⁴ Se sigue la misma lógica que en los casos de Barcelona y Girona.

⁵⁵ El informe de 1994 daba dos posibilidades: la venta de emisoras propias o la modificación de los contratos de asociación eliminando las cláusulas que los convertían en contratos de “asociación fuerte”.

Cualquiera de estas medidas, a juicio de este Tribunal, sacaría a la emisora correspondiente del ámbito de influencia de la empresa resultante.

10. EFICIENCIAS

El notificante expresa en su escrito de notificación que la operación aportará mejoras significativas en términos de “una gestión más eficiente al reducir la incertidumbre y alinear incentivos con respecto a decisiones importantes de inversión, tecnológicas, o de *management*” y considera que “se trata de eficiencias específicas a la concentración”.

El notificante concluye señalando que “de estas mejoras en la gestión y en la inversión pueden beneficiarse tanto oyentes como anunciantes”. Estos últimos se beneficiarían mediante “unos menores costes de publicidad (...) y en una mayor facilidad para la planificación global de sus campañas publicitarias”.

Este Tribunal, por su parte, considera que no se dan las circunstancias que la jurisprudencia comunitaria exige para considerar las eficiencias en el contexto de la operación analizada por las siguientes razones:

- la empresa notificante no aporta datos concretos sobre las mejoras técnicas o de gestión que supuestamente generará la operación,
- la empresa notificante no demuestra que dichas supuestas eficiencias sean específicas de la operación porque no se aclara suficientemente las diferencias en ese sentido entre la situación actual de fuerte vinculación comercial entre SER y ANTENA 3 RADIO, como viene expresándose a lo largo de este informe, y la situación prevista tras la ejecución de la operación notificada, y
- la empresa notificante no aporta evidencias concretas respecto al traslado de, o posibles incentivos para trasladar, dichas supuestas eficiencias a los consumidores o usuarios.

Por todo lo anterior, este Tribunal no considera oportuno tomar en consideración las eficiencias que la operación supuestamente podría generar.

11. EL PLURALISMO INFORMATIVO

Según se recoge en el apartado 2.2 de este informe, la operación analizada cuenta con un antecedente directo en la operación notificada al Servicio el 1 de diciembre de 1993 y que dio lugar al informe de este Tribunal C 13/93.

Siguiendo las recomendaciones del informe del Tribunal el Consejo de Ministros adoptó un Acuerdo, con fecha 20 de mayo de 1994, por el que aprobaba la operación notificada siempre que se cumplieran las condiciones recogidas en el informe del Tribunal.

Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Supremo que la anuló mediante Sentencia de 9 de junio de 2000.

Esta Sentencia, como se ha señalado anteriormente, aceptaba los razonamientos del Acuerdo del Consejo de Ministros y del informe del Tribunal en cuanto a las cuestiones relativas a los efectos que la operación notificada habría de tener en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados pero discrepaba en lo relativo a la ausencia de análisis en relación al impacto de la misma en el pluralismo informativo.

A modo de ejemplo, la Sentencia señalaba en su Fundamento de Derecho Decimoquinto que los análisis relativos a las operaciones de concentración empresarial “no deben tener como único referente la preservación del orden económico, y sí también, con carácter prioritario, la preservación del orden político y de los principios básicos de una sociedad democrática”.

El Tribunal Supremo identificaba el pluralismo informativo como uno de los garantes principales de dichos valores.

En este sentido, la Sentencia consideraba que el parámetro correcto para medir el respeto al pluralismo informativo en este caso debían ser los límites establecidos por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre. El Tribunal Supremo concluía su razonamiento considerando que la empresa resultante de la operación aprobada por el Consejo de Ministros superaba los límites de propiedad de emisoras establecidos en dicha Disposición Adicional y, por tanto, atentaba contra el pluralismo informativo.

El Fundamento de Derecho Vigésimosegundo de la Sentencia era tajante al señalar que “las condiciones a las que se subordinó la no oposición a la operación podrían ser eficaces en el campo competencial o concurrencial” pero no lo eran en cuanto a garantizar el respeto al pluralismo informativo.

Pues bien, trasladando este razonamiento a la situación actual, comprobamos que el análisis de los efectos de la operación notificada en términos de competencia y las conclusiones que se alcanzan en este informe, también son válidas desde el punto de vista del respeto al pluralismo informativo.

De esta forma, la autorización de la operación notificada en los términos que se establecen en este informe y, en particular, en su dictamen supondría que la empresa resultante no vulneraría los límites establecidos por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) según la nueva redacción dada por la Ley 10/2005, de 14 de junio.

Esta nueva redacción fija los límites previstos por las letras d) y e) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT de la siguiente forma:

“d) Una misma persona física o jurídica no podrá, en ningún caso, controlar directa o indirectamente más del cincuenta por ciento de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura. En todo caso, una misma persona física o jurídica, no podrá controlar más de cinco concesiones en un mismo ámbito de cobertura.

En una misma Comunidad Autónoma ninguna persona física o jurídica podrá controlar más del cuarenta por ciento de las concesiones existentes en ámbitos en los que sólo tenga cobertura una concesión.

Ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente más de un tercio del conjunto de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado.

Con el objeto de limitar el número de concesiones cuyo control puede simultanearse, a la hora de contabilizar estos límites no se computarán las emisoras de radiodifusión sonora gestionadas de forma directa por entidades públicas.

A los efectos previstos en este apartado, se entenderá por control los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio.

e) Los límites anteriores se aplicarán de forma independiente a las concesiones para la emisión con tecnología digital y a las concesiones para la emisión con tecnología analógica.”

Los anteriores criterios coinciden casi totalmente con los elegidos por este Tribunal para garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados por la operación notificada.

Una primera diferencia es la relativa al número máximo de concesiones que podrá controlar una misma persona física o jurídica. Mientras la nueva redacción de la letra d) de la Disposición Adicional Sexta de la LOT establece este límite en cinco, los criterios utilizados por el Tribunal, tanto en este informe como en el de 1994, fijan el límite en cuatro.

La segunda diferencia es la recogida en el tercer párrafo de la letra d) de la Disposición Adicional citada que señala que: “ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente más de un tercio del conjunto de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado”.

Teniendo en cuenta que, en este caso, el concepto de “control” es el previsto por el artículo 42 del Código de Comercio y que, por tanto, está asociado a la propiedad, sólo habrían de computarse las emisoras que son de titularidad del grupo SER y ANTENA 3 RADIO.

De esta forma, la empresa resultante dispondría de 274 emisoras propias de un total de 1.272 emisoras privadas comerciales, esto es, un 21,54% del total. Esta cifra respetaría el límite máximo de un tercio del total de emisoras a nivel nacional.

Con el debido respeto a las conclusiones a las que pudieran llegar las autoridades competentes para la aplicación de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, este Tribunal considera que el análisis hecho desde la óptica de la competencia es suficiente también para garantizar el respeto al pluralismo informativo.

12. CONCLUSIONES

PRIMERA. La operación objeto de este informe tiene un antecedente directo en la operación notificada al Servicio de Defensa de la Competencia el 1 de diciembre de 1993.

SEGUNDA. El mercado de producto afectado por esta operación es el de venta de espacios publicitarios de radio.

TERCERA. Los mercados geográficos afectados por esta operación son el mercado nacional y los mercados locales.

CUARTA. Los niveles de audiencia y las cifras de ingresos publicitarios no son los parámetros idóneos para analizar correctamente si la operación obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva.

QUINTA. Si se utilizaran dichos parámetros el impacto de la operación en la situación de mercado sería inapreciable dado que SER y ANTENA 3 RADIO están actuando a esos efectos como una unidad económica.

SEXTA. La prestación de servicios radiofónicos está sujeta a importantes barreras a la entrada derivadas de la limitación del número de concesiones otorgadas por la Administración.

SÉPTIMA. La capacidad de emisión es un parámetro adecuado a la hora de determinar el impacto de la operación en el mantenimiento de la competencia efectiva.

OCTAVA. La capacidad de emisión de la empresa resultante debe medirse no sólo tomando en consideración las emisoras propias sino todas aquéllas sobre las que pueda ejercer influencia decisiva en la toma de decisiones estratégicas de política comercial. Se entiende que esa situación se produce cuando la empresa resultante comparte Consejeros con otras emisoras, cuando la empresa resultante participa en el capital accionario de otras emisoras o cuando comparte con otras emisoras presencia accionarial en terceras empresas del mercado radiofónico. La existencia de convenios de asociación, fuerte o débil, añade mayor fortaleza a dicha influencia.

NOVENA. El Tribunal considera que para garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, la capacidad de emisión de la empresa resultante, entendida en los términos expresados en la conclusión anterior y en el capítulo 9 de este informe, no podrá superar los siguientes límites: cuatro emisoras en municipios con ocho o más concesiones, el 50% en localidades con menos de ocho y más de una concesión y el 40% de las localidades con una única emisora en el conjunto de la Comunidad Autónoma correspondiente.

DÉCIMA. La aplicación de los límites anteriores a la situación de la empresa resultante implica la necesidad de desinversión o ruptura de los vínculos que

determinan la influencia decisiva en los términos expresados en el apartado 9.4.5 de este informe así como en su dictamen.

UNDÉCIMA. Las medidas de desinversión y similares sólo deben ser aplicables a aquellas situaciones en las que se rebasan los límites fijados anteriormente como efecto de la operación notificada.

DUODÉCIMA. La operación notificada supone un obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado afectado por lo que sólo debe autorizarse si se somete a las condiciones señaladas en el dictamen de este informe.

DÉCIMOTERCERA. El sometimiento de la autorización de esta operación a dichas condiciones, a juicio de este Tribunal, también supone el respeto al pluralismo informativo en los términos previstos por la nueva redacción de la Disposición Adicional Sexta de la LOT.

Por cuanto antecede, el Tribunal de Defensa de la Competencia, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, ha acordado remitir al Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación al Gobierno, el siguiente

DICTAMEN

El Pleno del Tribunal, una vez estimados los efectos sobre la competencia que podría causar la concentración económica objeto del presente informe, considera que la operación notificada obstaculiza el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados afectados y, de acuerdo con la Ley de Defensa de la Competencia, sólo procede su autorización si la empresa resultante cumple con las siguientes condiciones:

PRIMERA. La empresa resultante debe proceder a la enajenación de las siguientes emisoras (con las correspondientes concesiones): una (1) emisora en Zaragoza, una (1) emisora en Palma de Mallorca, una (1) emisora en Barcelona, una (1) emisora en Girona, una (1) emisora en Madrid, una (1) emisora en Los Llanos de Aridane, una (1) emisora en Puertollano, una (1) emisora en Valdepeñas, una (1) emisora en Tarancón y una (1) emisora en Tortosa.

Si los miembros del Consejo de Administración de SER abandonan el Consejo de Administración de (CONFIDENCIAL) a obligación de enajenación para la empresa notificante se limitaría a: una (1) emisora en Zaragoza, una (1) emisora en Palma de Mallorca, una (1) emisora en Girona, una (1) emisora en Puertollano, una (1) emisora en Valdepeñas, una (1) emisora en Llanos de Aridane y una (1) emisora en Tortosa.

Si la SER no compartiera con RADIO AMBIENTE MUSICAL, S.A. (RAMSA) presencia en el capital accionario de ONA CATALANA, la obligación de enajenación de emisoras (con sus correspondientes concesiones) se eliminaría en los siguientes casos: Palma de Mallorca y Girona.

SEGUNDA. La empresa resultante habrá de proceder a la enajenación de una emisora (con su correspondiente concesión) entre las que posee en las siguientes localidades de Castilla La Mancha: La Roda, Daimiel, Herencia, Socuéllamos, Azuqueca, Molina Aragón, Madridejos y Torrijos.

TERCERA. La empresa resultante habrá de proceder a la enajenación de dos emisoras (con sus correspondientes concesiones) entre las que posee en las siguientes localidades de Cataluña: Berga, Martorell, Villafranca Penedés, Olot, Palamós, Ripoll, Rosas, Santa Coloma Farners, Cervera, Cambrils, Gandesa y Salou.

Esta obligación de enajenación se eliminaría (CONFIDENCIAL) y la asunción por parte de la empresa resultante del compromiso de no firmar convenios de programación y publicidad con RADIOCAT XXI, S.L. en los próximos (CONFIDENCIAL).

CUARTA. Los procesos de enajenación de emisoras (con sus correspondientes concesiones) y las demás condiciones previstas en los anteriores apartados habrán de llevarse a cabo en un plazo máximo de (CONFIDENCIAL) desde la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que decida sobre la operación objeto de este informe. El plazo definitivamente establecido por el Consejo de Ministros para proceder a la enajenación de las emisoras y las demás condiciones previstas en los anteriores apartados habrá de mantenerse confidencial.

QUINTA. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y el Servicio de Defensa de la Competencia habrán de garantizar que los procesos de enajenación señalados anteriormente y las demás condiciones previstas se lleven a cabo en condiciones transparentes y que respeten los niveles de competencia en los mercados afectados.

SEXTA. El incumplimiento de las anteriores condiciones por parte de la empresa resultante y, en su caso, las que considere oportuno añadir el Acuerdo del Consejo de Ministros debería dar lugar a la desconcentración de las empresas.