

Id Cendoj: 28079130032000100175
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 533/1994
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso Ordinario
Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Operaciones de concentración económica. Sector de la radiodifusión. Preservación del pluralismo informativo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Junio de dos mil.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso- administrativo número 533/94 (y acumulados 721/95 y 734/95) interpuesto por el Letrado D. Felipe Arrizubieta Balerdi, en nombre y representación de D. Rafael , D. Luis Alberto , D. Augusto , D. Gonzalo , D. Santiago , D. Juan Carlos y D. Cesar , contra Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 20 de mayo de 1994, por el que dicho Consejo de Ministros, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, estima que no procede oposición a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de **Antena 3** de Radio, S.A. y la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A., a favor de la Sociedad de Servicios Radiofónicos, Unión Radio, S.A.

Se han personado en este recurso, como partes recurridas, LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia, y la SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFONICOS UNION RADIO, S.A., **ANTENA 3** DE RADIO, S.A. y la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSION, S.A., representados por el Procurador Sr. Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado D. Fernando Gutiérrez Laso, en nombre y representación de la Asociación de Radios Independientes de España (A.R.I. España), interpuso recurso contencioso- administrativo contra la resolución adoptada por el Consejo de Ministros con fecha 20 de mayo de 1994 en la que se acuerda no oponerse a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de **Antena 3** de Radio, S.A. y de la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (S.E.R.) en favor de la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A. Dicho recurso quedó registrado en esta Sala con el número 496 de 1994.

SEGUNDO.- El Letrado D. Felipe Arrizubieta Balerdi, en nombre y representación de D. Jorge , D. Rafael , D. Luis Alberto , D. Cesar , D. Augusto , D. Gonzalo , D. Santiago y D. Juan Carlos , interpuso recurso contencioso- administrativo contra la misma resolución, quedando registrado con el número 533 de 1994.

TERCERO.- Este último Letrado, actuando en esa misma representación, interpuso también, ahora ante la Sala de la Audiencia Nacional, otro recurso contencioso-administrativo contra una resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia que acordaba, en el expediente de concentración controvertido, devolver a los actores los escritos presentados después de que el Pleno hubiera firmado la resolución que ponía fin en el Tribunal a dicho expediente. Dicho recurso, registrado en la Audiencia Nacional con el número 286 de 1994, fue remitido a este Tribunal en virtud de lo acordado por auto de 28 de julio de 1995 (aunque en él, por mero error material, consta como fecha la del mismo día y mes del año 1994), quedando registrado en esta Sala con el número 721 de 1995.

CUARTO.- El mismo Letrado, actuando en la repetida representación, interpuso también ante la Sala

de la Audiencia Nacional otro recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 24 de febrero de 1994 que decidió no acceder a la personación de sus representados en aquel expediente de concentración. Este recurso, registrado en la Audiencia Nacional con el número 288 de 1994, fue remitido a este Tribunal en virtud de lo acordado por auto de 5 de julio de 1995, quedando registrado en esta Sala con el número 734 de 1995.

QUINTO.- Por auto de fecha 13 de mayo de 1996 acordó esta Sala la acumulación de los recursos contencioso-administrativos números 496/1994, 533/1994, 721/1995 y 734/1995.

SEXTO.- En el escrito de demanda presentado por el Letrado Sr. Arrizubieta Balerdi se solicita de esta Sala la declaración de nulidad o, subsidiariamente, de anulabilidad de la resolución del Consejo de Ministros de fecha 20 de mayo de 1994, así como la expresa condena en costas a las codemandadas por su manifiesta temeridad y mala fe. Por medio de otrosí se solicitó también en dicho escrito el recibimiento del pleito a prueba.

SÉPTIMO.- Con fecha 19 de mayo de 1997 se notificó al representante legal de la Asociación de Radios Independientes de España (A.R.I. España) providencia del 21 de marzo del mismo año en la que, ante la renuncia presentada por el Letrado Sr. Gutiérrez Laso para la representación y defensa de aquélla, se la requería para que en el plazo de quince días designara nueva representación procesal, bajo apercibimiento de pararle el perjuicio a que hubiere lugar en Derecho. No habiéndose efectuado dicha designación, por auto de fecha 16 de junio de 1997 se decidió declarar caducado el derecho de la referida Asociación.

OCTAVO.- En el escrito de contestación a la demanda presentado por el Sr. Abogado del Estado se solicita de este Tribunal una sentencia que declare inadmisibile el recurso interpuesto por la representación procesal del Sr. Jorge y otros; y subsidiariamente una que lo desestime por ser conforme a Derecho el Acuerdo recurrido.

NOVENO.- En el escrito de contestación a la demanda presentado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén, personado en nombre y representación de la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A., de **Antena 3** de Radio, S.A. y de la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A., se solicita de este Tribunal una sentencia desestimatoria de la pretensión actora, con expresa imposición de costas a la misma.

DÉCIMO.- Por auto de fecha 4 de noviembre de 1997 se acordó recibir el proceso a prueba; y por otro de 17 de diciembre del mismo año, confirmado en súplica por el de 17 de febrero de 1998, se declaró la no pertinencia de la totalidad de la prueba propuesta, al no ser necesaria la misma para la correcta decisión de la demanda formulada.

UNDÉCIMO.- Habiendo fallecido el actor D. Jorge , sin que se personaran en el proceso sus herederos o causahabientes, por providencia de fecha 13 de enero de 1999 se tuvo por caducado el derecho que a tal fin les asistía.

DUODÉCIMO.- Presentados los escritos de conclusiones, por providencia de 8 de octubre de 1999 se señaló para la votación y fallo de este recurso la sesión del día 12 de enero de 2000.

DECIMOTERCERO.- Por providencia del siguiente día 19, acordó este Tribunal, con suspensión del plazo para dictar sentencia y para mejor proveer, la emisión de un dictamen pericial con el objeto de determinar la participación accionarial que directamente o a través de terceras personas tuviera el denominado Grupo Prisa en la mercantil **Antena 3** de Radio, S.A., en noviembre de 1993.

DECIMOCUARTO.- Se llevaron a cabo, así, los trámites necesarios para el nombramiento del Sr. Perito, emisión del dictamen, aclaraciones de las partes y escritos de éstas alegando lo que tuvieron por conveniente acerca del alcance e importancia de la prueba practicada; todo ello con el resultado y contenido que consta en los autos.

DECIMOQUINTO.- Presentados los citados escritos de alegaciones los días 27 y 28 de abril del año en curso, y una vez que las necesidades del servicio lo permitieron, reanudó este Tribunal el acto de deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar en la sesión del pasado día 1 del mes actual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Lo relatado en los antecedentes de hecho pone de relieve que del conjunto que formaron los recursos contencioso-administrativos que por su acumulación procesal se deciden en esta sentencia queda en pie, tan sólo, la pretensión anulatoria que la representación de los Srs. Rafael , Luis Alberto , Cesar , Augusto , Gonzalo , Santiago y Juan Carlos deduce contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 20 de mayo de 1994, adoptado en ejercicio de la potestad de control de las operaciones de concentración económica a que se refiere el capítulo II de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Aunque es cierto, también, que uno de los motivos que se esgrimen para el éxito de esa pretensión lo es el de la disconformidad a Derecho de la decisión del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 24 de febrero de 1994, que resolvió no acceder a la personación de los actores en el expediente de concentración; decisión ésta que, tal y como se relata en el cuarto de los antecedentes de hecho, motivó la interposición de uno de los recursos acumulados.

SEGUNDO.- La cabal comprensión de lo debatido y de las razones de la decisión que se adoptará en esta sentencia aconseja, ante todo, precisar el significado de aquel acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994. Precisión que resulta de lo que a continuación se expone:

A) El día 1 de diciembre de 1993, quienes actuaban en representación de las mercantiles "Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A." (en lo sucesivo Unión Radio), "**Antena 3** de Radio, S.A." (A3) y "Sociedad Española de Radiodifusión, S.A." (SER), notificaron al Servicio de Defensa de la Competencia, con invocación expresa de que lo hacían a los efectos referidos en el artículo 15 de la Ley 16/1989, una operación que tipificaban de "concentración por contrato de cesión de la gestión", e incluían en el sector económico de la "publicidad en medios de comunicación".

B) La operación notificada consiste en esencia en la cesión de la gestión de A3 y de la SER a la sociedad de nueva creación Unión Radio. En concreto, la operación se instrumenta a través de un contrato firmado el 18 de noviembre de 1993, al que sirven de complemento la constitución de Unión Radio en escritura suscrita el día **3** de ese mes y dos acuerdos de esta misma fecha.

C) En virtud de aquel contrato, Unión Radio se obliga a asumir la gestión de A3 y de la SER, y éstas a aceptar esta gestión; abarcando esa cesión de gestión las áreas que a continuación vamos a indicar, transcribiendo entre paréntesis lo estipulado en cada una de ellas: ESTRATEGIA EMPRESARIAL ("Elaboración de planes a corto, medio y largo plazo referidas a los productos, a los proveedores, a las inversiones y a su financiación, conservando SER y **ANTENA 3** su autonomía en materia de programación"); POLÍTICA COMERCIAL ("Diseño y gestión de la política comercial, incluyendo el seguimiento de su audiencia, estudios de mercado y fijación de las tarifas de publicidad"); PERSONAL ("La actividad de gestión en esta área consistirá: -Selección del personal directivo y mandos intermedios para cada una de las sociedades. -La gestión de la administración de personal y elaboración de declaraciones y documentos relacionados con la Seguridad Social"); ADMINISTRACIÓN ("La gestión, en este ámbito de las empresas, consistirá en: -Gestión administrativa, contable y financiera de ambas sociedades. -Administración de la facturación publicitaria. -Gestión de cobros, pagos y control de impagados"); FORMACIÓN ("La gestión en esta área se concretará en: -La definición y desarrollo del plan de formación del personal"); PROMOCIÓN ("Esta actividad se define como: - La gestión para ambas sociedades, de todas las campañas de publicidad y promoción, tanto institucional como de producto"); TÉCNICA ("La actividad a desarrollar se centrará en: -Gestión, mantenimiento y mejora de sus instalaciones de alta y baja frecuencia y asesoramiento para los sistemas e instalaciones técnicas"); INFORMÁTICA ("En esta área la gestión tendrá por objeto: - Diseño, planificación y mantenimiento de sus sistemas informáticos. -Prestación del servicio informático para la administración del personal, contabilidad y control de gestión"); ASESORÍA JURÍDICA ("La Gestión a prestar en esta área será: -Asesoramiento y gestión en materia legal en los aspectos mercantil, civil, penal, laboral y contencioso-administrativo. -Asistencia letrada ante los Tribunales de Justicia en cualquiera de sus jurisdicciones e instancias, así como ante el Tribunal Constitucional y Tribunal de la Competencia. -Selección y contratación de asesores legales especializados cuando las necesidades lo requieran"); AUDITORÍA ("La gestión en esta área consistirá: -Realización de informes de auditoría, tanto por centros de trabajo como generales de toda la sociedad"); y GESTIÓN INMOBILIARIA ("La actividad a desarrollar será: -La gestión de los recursos inmobiliarios existentes en cada una de las sociedades, a fin de que ambas sociedades alcancen el máximo aprovechamiento de los mismos").

D) La entrada en vigor del contrato se preveía para el día 1 de enero de 1994, con una duración inicial de diez años y prórrogas tácitas por períodos de igual tiempo, si antes de la finalización del plazo contractual, o de cualquiera de sus prórrogas, no se denunciara, en forma fehaciente, por cualquiera de las partes con seis meses de antelación como mínimo.

E) Unión Radio quedó constituida, por fundación simultánea, en escritura pública otorgada el día **3** de

noviembre de 1993 por "Promotora de Informaciones, S.A.", la SER y "Talleres de Imprenta, S.A.". En el dictamen elaborado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC en lo sucesivo), emitido en cumplimiento de las previsiones de los artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1989, se afirma -sin que la mínima imprecisión que aquí se observa tenga transcendencia alguna- que el capital social de la sociedad a cuya constitución nos referimos quedó suscrito en un 80% por PRISA y un 20% por "Talleres de Imprenta, S.A." (en adelante TISA), editora del diario La Vanguardia propiedad al 100% del Grupo Godó.

F) En uno de los acuerdos de **3** de noviembre de 1993, denominado "entre los Grupos PRISA y GODÓ", se expone que PRISA es titular en pleno dominio, directa e indirectamente, de acciones representativas del 99,99% del capital social de la SER; que el Grupo GODÓ, a través de INVERSIONES GODÓ, S.A., controla acciones representativas del 62,31% del capital social de A3; y que para hacer frente a la situación que se describe se ha alcanzado el acuerdo, "que tiene como fin la creación de un grupo radiofónico, agrupando los recursos de ambas Cadenas, sin fusión jurídica ni patrimonial de las mismas, de forma que se potencien mediante su gestión conjunta e integrada". Y así, se acuerda "concentrar la gestión de las entidades radiofónicas SER y A3R a través de la constitución de una entidad mercantil cuyo objeto sea la gestión de estas entidades" y "garantizar, por medio de los pactos y acuerdos que sean convenientes, la estabilidad necesaria a este proyecto para la mayor efectividad de los fines propuestos".

G) En el otro acuerdo de la misma fecha, denominado "entre accionistas de **Antena 3** de Radio, S.A.", se expone que PALTRIEVA, S.A., es titular en pleno dominio de acciones de A3 que representan el 32,95% de su capital social y que INVERSIONES GODÓ, S.A., lo es del 62,31%; y que, ante la situación que se describe, el órgano de administración de A3 ha llegado al pleno convencimiento de que la fórmula más conveniente para la rentabilidad de la explotación de la empresa pasa por una racionalización de los métodos de gestión, realizándolos de forma conjunta y concentrada con otras cadenas radiofónicas, sin perjuicio de mantener la diversidad programática y pluralidad informativa en el marco de una competencia de mercado. Y así, acuerdan, que las partes, PALTRIEVA e INVERSIONES GODÓ, actuarán en el seno de los órganos de A3 de común acuerdo en todos los temas relacionados, directa o indirectamente, con el proyecto de gestión conjunta objeto del acuerdo suscrito entre los Grupos PRISA y GODÓ; que a tal efecto, con anterioridad a la celebración de cualquier reunión de los órganos sociales de A3, se adoptarán los oportunos acuerdos sobre el sentido del voto a emitir respecto a cada uno de los extremos del orden del día; que se comprometen a promover y apoyar con su voto afirmativo las modificaciones necesarias en los Estatutos Sociales de A3, de forma que las decisiones de sus órganos sociales que se refieran, directa o indirectamente, al proyecto de gestión conjunta requieran el voto favorable tanto de Inversiones Godó como de Paltrieva; y que, dado que el acuerdo tiene como fin principal asegurar la estabilidad del proyecto, permanecerá vigente en tanto lo esté el contrato de gestión.

H) En el dictamen del TDC antes citado se afirma que, tras diversas operaciones acaecidas en el año 1992, la composición del capital de A3 quedaba configurada del siguiente modo:

Inversiones Godó 62,32%.

PALTRIEVA 32,95%

M. J. De P. 2,47%.

L.A. de la V. 0,04%

Otros accionistas 1,11%.

Autocartera 1,11%.

Y añadía, descomponiendo el accionariado de Inversiones Godó y de PALTRIEVA, los siguientes datos:

-- INVERSIONES GODÓ:

J. Godó 51,05%

PRISA 48,95%

-- PALTRIEVA:

PRISA 50,93%.

TISA 48,37%

J. Godó 0,56%

J. Forn 0,14%

I) Por tanto, unas simples operaciones matemáticas ponían ya de relieve que la participación accionarial indirecta en primer grado de PRISA en A3 (a través de su participación directa en Inversiones Godó y en PALTRIEVA) ascendía al 47,29%. Cifra ésta que ha confirmado el dictamen pericial que este Tribunal acordó para mejor proveer, en el que, además, se afirma que la participación de PRISA en A3 por vía directa es nula, y que, pese a existir en la documentación examinada información contradictoria, el Sr. Perito entiende que no hay participación indirecta en segundo grado de PRISA en A3.

J) En el repetido dictamen del TDC se afirma también (a sus folios 7, in fine, y 8) que los acuerdos complementarios de fecha 3 de noviembre "vienen a otorgar al Grupo PRISA un derecho de veto sobre las decisiones que se adopten en relación con Unión Radio, o lo que es lo mismo, el control total de dicha entidad".

K) En el mismo dictamen (folio 9, in fine), con ocasión de razonar que la operación notificada el día 1.12.93 reúne las dos notas fundamentales que caracterizan las operaciones de concentración, afirma el TDC que "con la cesión de su gestión a Unión Radio, tanto la SER, como **Antena 3** pierden su autonomía en lo que respecta al diseño e implementación de su estrategia empresarial, no siendo significativo a este respecto -añade- el hecho de que en el contrato se mantenga la independencia en cuanto a la programación, pues de todos es sabido que la programación resulta en buena medida condicionada por la gestión económica".

L) Afirma también el TDC (folio 11), ahora con ocasión de analizar la idea -que ve reforzada- de que, desde el punto de vista del derecho de la competencia, ya hubo concentración en 1992, los siguientes datos: a) que varias personas del equipo directivo de la SER habían sido nombradas como nuevos gestores de A3 (así ocurre con quienes fueron nombrados Consejero Delegado y Director de Programas, y con quien se hace cargo de la Gerencia); b) que la publicidad había empezado a comercializarse de manera conjunta por Gestora de Medios, S.A., sociedad controlada mayoritariamente por PROFISA que a su vez está participada al 100% por "Promotora de Publicaciones, S.L.", que posee el 73,08% de PRISA; c) que el 18.1.1993, mediante un contrato de cuentas en participación, se produjo la unión entre las cadenas de emisoras "Radio 80" (perteneciente a una sociedad del Grupo **Antena 3**) y "Radio Minuto" (perteneciente a una sociedad del Grupo PRISA); y d) que, finalmente, el día 24.7.1992 el Sr. Javier en conexión múltiple a través de los circuitos microfónicos se dirige a todos los directores de emisoras de A3 para comunicarles la nueva estrategia empresarial.

M) En el dictamen tantas veces citado, el TDC propuso al Gobierno que no autorizara la operación de concentración notificada porque otorga a las empresas notificantes un poder de dominio tal que puede obstaculizar gravemente el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de la radio; salvo, añadía, que las citadas empresas accedieran al cumplimiento de determinadas condiciones, en cuyo caso cabría autorizar la operación. Condiciones que en su esencia fueron las recogidas en el acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994.

N) En ese acuerdo el Consejo de Ministros, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, decide no oponerse a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de "**Antena 3** de Radio, Sociedad Anónima" y de la "Sociedad Española de Radiodifusión, Sociedad Anónima" en favor de la "Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, Sociedad Anónima", subordinándose tal aprobación al cumplimiento de las siguientes condiciones: 1.- En localidades con un número de emisoras igual o superior a ocho, los notificantes no tendrán conjuntamente más de cuatro emisoras en propiedad o en asociación fuerte. 2.- En localidades con un número inferior a ocho emisoras, los notificantes no tendrán conjuntamente en propiedad o en asociación fuerte más del 50 por 100 de las emisoras de dichas localidades. 3.- En localidades con una sola emisora, los notificantes no tendrán conjuntamente en propiedad o en asociación fuerte dicha emisora en más del 40 por 100 de las localidades de cada Comunidad Autónoma que se encuentren en tal circunstancia. A los efectos anteriores -sigue diciendo el acuerdo- se entiende por: emisoras, cada unidad de radiodifusión sonora explotada por concesión administrativa; emisoras en propiedad, aquellas de cuyas concesiones son titulares los notificantes; emisoras en asociación fuerte, aquellas vinculadas a los notificantes por contratos en donde se observa alguna de las siguientes cláusulas: validez por tiempo indefinido; rescisión necesariamente acordada por las dos partes o por un tercero; penalizaciones por renuncia unilateral, sin derecho a preaviso

que las elimine; cláusulas penales por denuncia voluntaria del contrato; y pactos de no competencia posteriores a la eventual separación. Entendiéndose, por último, por localidad, las definidas en el anexo 3 del Real Decreto 169/1989.

TERCERO.- En un orden lógico, la primera cuestión que ha de ser abordada es aquella en que el Sr. Abogado del Estado plantea la falta de jurisdicción de este Tribunal, dado que los acuerdos o pactos de política comercial de la empresa (**Antena 3** de Radio, S.A.) supuestamente contrarios a la Ley o a los estatutos, o lesivos para los intereses de la sociedad, son impugnables ante los órganos del Orden Jurisdiccional Civil. Sin embargo, claro es que lo que propiamente se enjuicia en este proceso no son los acuerdos societarios, sino un acuerdo del Consejo de Ministros adoptado al ejercer una potestad administrativa, cual es la de intervención o control de las operaciones de concentración económica; un acto administrativo por tanto, cuyo control o revisión jurisdiccional se atribuye en nuestro Ordenamiento Jurídico a los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 1 de la Ley de la Jurisdicción, tanto la entonces vigente como la actual, y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

CUARTO.- Procede a continuación abordar aquella cuestión en que se niega a los actores la legitimación para el ejercicio de la acción entablada. Sobre este particular, debe recordarse ante todo que aquéllos, para justificar la concurrencia de ese necesario presupuesto procesal, alegan, en síntesis, ser periodistas, desarrollar su actividad en el medio radiofónico, haber interpuesto denuncia por violación de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989 y del Tratado Constitutivo de la CEE contra las mismas personas jurídicas intervinientes en la operación de concentración, que ésta versa sobre una cadena radiofónica, A3, en la que habían desarrollado su actividad profesional y en la que contaban con programas de máxima audiencia, que alguno de ellos, tras marchar de dicha cadena, no ha podido encontrar idénticas responsabilidades profesionales que las anteriores, por el altísimo grado de oligopolización del mercado radiofónico, y, en fin, que dicha operación afecta de manera sensible a la libertad de información consagrada en el artículo 20 de la Constitución.

No es necesario precisar ahora cual ha sido la evolución que en el proceso contencioso-administrativo ha experimentado el concepto y las características o notas definidoras del "título legitimador", discurriendo, como fases más significativas, desde la titularidad de un derecho a la de un interés, y desde el interés directo al interés legítimo; ni es necesario tampoco precisar las líneas que orientan el fenómeno, cierto sin duda, de la ampliación progresiva de la legitimación para recurrir en aquel proceso. Basta con recordar que este Tribunal Supremo ha definido el interés legítimo (así, entre otras, en su sentencia de 1 de julio de 1985) como el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione en concreto un beneficio o un servicio inmediato; o que en la sentencia de 14 de julio de 1988, al aceptar uno de los fundamentos de la apelada, reconoció que para que exista el interés basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficio o perjuicio se produzcan por vía indirecta o refleja. Siendo oportuno, también, recordar que nuestra jurisprudencia, si bien no reconoce la legitimación fundada en el mero interés por la legalidad, o en motivos extrajurídicos, susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal (S. 12.4.1991), sí ha ido reconociendo como incluíbles en el concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales; y, asimismo, además de los personales o individuales, los colectivos y los difusos. Y recordar, en fin, que en relación a estos últimos se acepta como posible la modalidad del ejercicio individual y no sólo colectivo, justificada por el hecho de que el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso está en ocasiones defendiendo su propio círculo vital afectado, al proyectarse aquel interés sobre su esfera personal.

Este breve recordatorio de ideas sobre la evolución del título legitimador, al que cabe unir el conocido principio de interpretación restrictiva de las causas que impiden el examen del fondo de la pretensión, conduce a rechazar que en los actores no concurra la legitimación procesal exigible, pues su esfera personal se ve afectada, cuando menos de manera indirecta o refleja, a través de actuaciones que entienden limitativas de la libre competencia en el ámbito en que desenvuelven su ejercicio profesional, o vulneradoras de la efectividad de un derecho, el de la información, a cuya protección están singularmente llamados por razón, precisamente, de la profesión elegida.

QUINTO.- La parte codemandada, ahora ella sola, opone también otra causa de inadmisibilidad, referida a los defectos de forma que entiende existentes en el escrito de demanda. En síntesis, afirma que

dicho escrito adolece de una evidente falta de claridad y precisión, carece de la debida separación entre los hechos y los fundamentos de Derecho, mezcla argumentos de los recurrentes con simples transcripciones literales de partes del expediente administrativo, repite folios enteros, etc., convirtiendo en una tarea titánica entender en que se basa la pretensión de anulación.

Aunque es cierto que tales quejas no carecen de fundamento, también lo es que las deficiencias que se imputan no tienen la entidad que sería necesaria para poder llegar a un pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso. Aquel escrito permite identificar cual es la pretensión que se ejercita y también, con precisión suficiente, algunas de las causas o razones jurídicas que a juicio de los actores deben conducir a su acogimiento, lo cual es suficiente para que, al menos en esos extremos, se proceda al examen de fondo de la pretensión, tal y como demanda el principio al que hicimos referencia en el párrafo último del anterior fundamento de derecho.

La consecuencia jurídica única que cabe ligar a aquellas deficiencias es la que imponen los principios de congruencia y de proscripción de la indefensión; esto es: no cabrá tener como cuestiones que la parte actora haya suscitado en el proceso aquella o aquellas cuyos elementos definidores no quepa identificar tras el estudio diligente del escrito de demanda.

No obstante, al hilo del planteamiento de la causa de inadmisibilidad que ahora se examina sí conviene resaltar lo siguiente: en el escrito de demanda, y más en concreto en la parte de ella dedicada a los "hechos" (hasta su página 73, incluida), no es nada fácil llegar a detectar, con precisión, cual o cuales serían los aspectos fácticos de la controversia en que la actora estaría en desacuerdo con lo reflejado en el expediente administrativo o con lo tomado en consideración en el dictamen del TDC; el desacuerdo más bien parece referirse a valoraciones, apreciaciones, juicios de valor o consideraciones jurídicas; en suma, a aspectos distintos de aquéllos. Era por lo tanto obligado, como una consecuencia inmediata de lo que ha motivado el planteamiento de aquella causa de inadmisibilidad, que este Tribunal llegara a la valoración que expuso en el cuarto de los fundamentos de derecho de su Auto de fecha 17 de febrero de 1998, referida en síntesis al carácter predominantemente jurídico de la controversia exteriorizada en la demanda; y que, por ello, no admitiera la práctica de las pruebas que entonces se propusieron.

SEXTO.- La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, incorpora en el Capítulo II de su Título I, artículos 14 a 18, un régimen de control de las concentraciones económicas, cuyas previsiones han sido desarrolladas a través del Real Decreto número 1080/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de Defensa de la Competencia en concentraciones económicas y la forma y contenido de su notificación voluntaria. Las notas características de ese régimen, en el momento temporal en que se produce el acuerdo impugnado en este proceso, con anterioridad, por tanto, a las modificaciones introducidas por los Reales Decretos Leyes números 7/1996 y 6/1999, eran, en esencia, las siguientes: a) la concentración no queda sometida a la previa autorización administrativa, ni existe obligación de notificarla; b) la notificación voluntaria de la operación puede beneficiarse en determinadas circunstancias del respaldo de una autorización tácita; c) la Administración queda facultada para el control de oficio de las operaciones que, superando determinados límites, puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, que sólo podrá ejercer durante el plazo de cinco años, a contar desde que la operación se lleve a efecto; d) en el desenvolvimiento del control, tanto si se inicia en virtud de la notificación voluntaria, como si se inicia de oficio, el papel que se encomienda al TDC es el de la emisión de un dictamen técnico; y e) la decisión definitiva corresponde al Gobierno, que puede basarla no sólo en criterios concurrenciales, sino también en otros de interés público.

SÉPTIMO.- La Ley 16/1989 disponía en su artículo 50, en el momento temporal al que antes nos hemos referido, que en lo no previsto expresamente en ella o en las disposiciones reglamentarias que se dicten para su ejecución, el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia ajustarán su actuación a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo y a las normas generales que la desarrollen, que en todo caso tendrán carácter supletorio. En esta misma línea se han pronunciado posteriormente la Disposición Adicional séptima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dispuso que los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, con similar redacción, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989.

Por lo tanto, para decidir sobre la regularidad con que se haya seguido el procedimiento administrativo en el supuesto que es objeto de esta litis hemos de atender, ante todo, a lo previsto en aquel Real Decreto número 1080/1992. De sus previsiones han de destacarse ahora: la de su artículo 12.2.c), pues en ella se prescribe que el TDC podrá acordar "oír, cuando lo estime necesario, a las empresas que

puedan resultar afectadas..."; la de su artículo 13.1, párrafo segundo, pues en ella se dice que "en el caso de expedientes iniciados de oficio los interesados tendrán vista de los mismos antes de ser remitidos al Ministro de Economía y Hacienda"; la de su artículo 13.2, párrafo segundo, pues en ella se dispone que "...no se considerarán interesados a las personas naturales o jurídicas ni a las empresas afectadas por el mero hecho de que se les haya requerido información..."; y la de su artículo 14.3, in fine, pues se prevé en ella que "no se trasladará ni se pondrá de manifiesto a los notificantes ni a ningún otro interesado el informe del Tribunal".

La conclusión que se desprende de dichas previsiones no parece dudosa, en el sentido de que el TDC no vulneró las normas de procedimiento a que debía sujetar su actuación cuando decidió en su Auto de fecha 24 de febrero de 1994 no acceder a la personación de los hoy actores en el expediente de concentración que se había iniciado por notificación voluntaria.

Pero además, la conclusión de que la decisión adoptada en ese Auto no es razón bastante para acoger la pretensión anulatoria deducida en este proceso, viene abonada por la conocida regla de que los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad cuando -en lo que ahora interesa- den lugar a la indefensión de los interesados; lo cual no puede ser predicado en el supuesto que se enjuicia, dada la circunstancia de que los aquí actores pudieron exponer en aquel expediente, y expusieron efectivamente, las consideraciones que entendieron oportunas, según se desprende del contenido de sus folios 1906 (que refleja la minuta de la reunión mantenida en la sede del TDC entre la Comisión encargada de tramitar el expediente y los señores D. Santiago y D. Jorge, "líderes de audiencia en sus respectivos programas informativos, que acudieron acompañados de sus abogados"), 1907 a 1983 (que comprenden el escrito entregado en dicha reunión por los citados periodistas, "en el que se recogen sus opiniones sobre la concentración de referencia"), y 2090 a 2178 (en los que se contiene el escrito presentado al TDC por el Letrado Sr. Arrizubieta Balerdi, actuando ya en nombre y representación de los hoy actores, en el que no es difícil ver expuestos los argumentos luego reflejados en el escrito de demanda).

OCTAVO.- Siguiendo el orden que este Tribunal entiende lógico, parece oportuno analizar a continuación tres cuestiones que, desde una u otra perspectiva, tienen en común el interrogante de si es o no en sede de aquel régimen jurídico de las concentraciones económicas donde procede situar tanto la operación controvertida como la decisión adoptada. En concreto, son las cuestiones que suscita la parte actora cuando afirma que la operación notificada no puede jurídicamente ser calificada como operación de concentración económica, por carecer de la necesaria vocación de permanencia; que su notificación fue extemporánea, pues la concentración, de existir, se habría producido ya en el año 1992; y que el Consejo de Ministros, en su resolución de 20 de mayo de 1994, opta por una decisión que no se corresponde con ninguna de las tres posibles opciones permitidas en el artículo 17 de la Ley 16/1989.

NOVENO.- Es cierto que la noción jurídica de las operaciones de concentración incorpora como una de sus notas definidoras un elemento de carácter temporal, referido a la necesidad de la estabilidad, duración o permanencia de la propia operación. Así, el considerando 5 del Reglamento (CE) número 1310/1997, del Consejo, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CEE) número 4064/1989, del Consejo, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, define como concentraciones las operaciones que provoquen un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas (el considerando 23 del Reglamento 4064/89 definía como concentración sólo las operaciones que impliquen una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes); y el artículo 14.2 de la Ley 16/1989, tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 6/1999, considera concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes. Pero es cierto también que ese elemento de cambio duradero o de modificación estable no ha de ser interpretado en el sentido de que exija que la operación establezca una nueva estructura durante un período indefinido o extremadamente largo de tiempo; y cierto, además, que no cabe dar una respuesta precisa acerca de cual sea el plazo de tiempo que determina que una operación tenga un carácter permanente, pues las especificidades de los diversos sectores económicos pueden determinar conclusiones diferentes sobre el tiempo mínimo necesario para poder apreciar la concurrencia de aquella nota característica. Así, tomando como referente el ordenamiento jurídico comunitario a través de decisiones de la Comisión, cabe señalar que períodos de cinco (British Gas Trading Ltd/Group Utility Services Ltd., decisión de 7-10-1996, asunto IV/M.791), seis (Generali/Comit/R. Flemings, decisión de 15-6-1995, asunto IV/M.586. British Airways/TAT, decisión de 27-10-1992, asunto IV/M.259), siete (BSN-Nestlé/Cokoladovny, decisión de 17-12-1992, asunto IV/M.090. Saint Gobain/Wacker Chemie/Nom, decisión de 4-7-1996, asunto IV/M.774) o diez años (Voest Alpine Industrieanlagenbau/Davy, decisión de 7-7-1995, asunto IV/M.585), como períodos mínimos previstos por las partes de duración de la operación, no han sido impedimento para determinar el carácter permanente de una operación de concentración.

En consecuencia, ha de entenderse acertado el criterio que se exterioriza en el dictamen del TDC cuando razona que el hecho de que el contrato de cesión de la gestión se pacte por un período de diez años prorrogables no desnaturaliza la calificación de la operación, puesto que dicho contrato va acompañado de unos acuerdos complementarios entre los grupos PRISA y GODÓ, de un lado, y los accionistas de A3, de otro, que tienen como finalidad dotar de estabilidad y viabilidad al proyecto. Se trata, pues -afirma también con acierto-, de una operación de concentración económica en los términos descritos en la letra c) del apartado 2.1.1. de la Sección 2 del Anexo del Real Decreto 1080/1992, que contempla las operaciones que constituyen "un contrato de cesión o dirección de explotación".

DÉCIMO.- Tampoco conduce al acogimiento de la pretensión anulatoria la alegada extemporaneidad de la notificación voluntaria efectuada. Aun en la hipótesis de que así hubiera sido, es decir, de que dicha notificación se hubiera producido después de transcurrido el plazo que mencionaba entonces el artículo 15.1 de la Ley 16/1989 (tres meses desde la realización de la operación), es claro, a la luz de lo que disponía el precepto, que el efecto o consecuencia jurídica ligado a la extemporaneidad no sería la disconformidad a Derecho de la decisión expresa adoptada por el Consejo de Ministros. De un lado, por el carácter voluntario, no obligatorio, que la notificación tenía entonces; de otro, porque la ausencia de notificación voluntaria, o su presentación fuera de plazo, no impide que la Administración ejerza, de oficio, sus facultades de control, ni que adopte, por tanto, alguna de las decisiones autorizadas en el artículo 17; y, en fin, porque el efecto ligado a la extemporaneidad era en síntesis el que expresaba entonces el último párrafo del citado artículo 15, esto es, que tal notificación no podría beneficiarse de la posibilidad de la autorización tácita de la operación ni, por ende, de los plazos cuyo transcurso determina esa autorización; lo cual es intrascendente en un supuesto como el de autos en que recayó una decisión expresa.

UNDÉCIMO.- El acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994 subordinó la aprobación de la operación de concentración al cumplimiento de determinadas condiciones, encaminadas, según se deduce con nitidez del dictamen del TDC, a preservar la posibilidad de que otras empresas puedan llegar a tener la misma capacidad de emisión que los notificantes y puedan, por ende, competir en condiciones de igualdad.

En el amplio abanico de posibilidades que el artículo 17 de la Ley 16/1989 contemplaba para la decisión del Gobierno (y contempla hoy, tras la redacción dada por el Real Decreto Ley 6/1999, que no modifica el elenco de posibilidades), que abarcaba desde la no oposición a la operación [apartado a)], hasta la declaración de su improcedencia con orden de desconcentración o de cesación del control [apartado c.2), in fine], cabe una decisión como la adoptada en aquel acuerdo de 20 de mayo, pues sus términos y los efectos jurídicos derivados de él son plenamente equivalentes a los de un acuerdo que hubiera declarado improcedente la operación sin ordenar la desconcentración o la cesación de control, es decir, que se hubiera limitado a ordenar, pese a la declaración de improcedencia, la adopción de medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva [posibilidad contemplada en la previsión inicial del apartado c.2)]. Pero además de esta conclusión, amparada por los términos literales de aquel precepto, es claro también que su razón de ser, su espíritu y finalidad (artículo 3.1 del Código Civil), obligan a incluir en aquel abanico de posibilidades una decisión que subordina la aprobación, o la no oposición a la operación de concentración, al cumplimiento de condiciones encaminadas a lo que antes se ha dicho.

DUODÉCIMO.- Una decisión de esa naturaleza conlleva, claro es, la necesidad de fijación de un plazo dentro del cual hayan de adoptarse las medidas apropiadas para la preservación de la competencia efectiva; cuya duración dependerá, en buena lógica, de la previsión sobre el lapso de tiempo en que la operación, por sus características, o por el sector o sectores a que afecte, no haya de ser capaz de producir efectos negativos intolerables; y cuya fijación puede quedar reservada, sin vulneración por ello del ordenamiento jurídico, pues las facultades de intervención de la Administración deben quedar regidas por el principio de no causación de perjuicios innecesarios, siendo así que la publicidad del plazo puede, en sí misma, perjudicar innecesariamente el resultado de las operaciones comerciales precisas para la adopción de aquellas medidas. En definitiva, no es hábil tampoco para acoger la pretensión anulatoria la argumentación que desenvuelve la parte actora con fundamento en el carácter reservado del plazo.

DECIMOTERCERO.- La correcta definición del mercado de referencia o relevante es, ciertamente, un presupuesto básico para el certero ejercicio de las facultades de control de las operaciones de concentración de empresas, pues aquella definición, tanto en su dimensión material o de producto, como espacial o geográfico, permite identificar las fuerzas competitivas a que se ven sometidas las empresas y, por tanto, el ámbito en que ha de centrarse el análisis del impacto de la concentración desde el punto de vista de la competencia. Importancia de esa definición de la que es buena muestra la previsión que contenía el artículo 16 a) de la Ley 16/1989 [hoy, 16.1.a)], o el hecho de que la Comisión adoptara en octubre de 1997 una Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa

comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

En el caso de autos, el dictamen del TDC se preocupa con todo detalle y con consideraciones de todo punto razonables de esa cuestión o presupuesto en su apartado número 3, folios 27 y siguientes, poniendo de relieve las peculiaridades del mercado de la radio, de las cuales se destaca que el consumidor no paga directamente el servicio que se le presta, ya que la obtención de ingresos por parte de la empresa se hace de una forma indirecta a través de la publicidad. E identifica como mercado relevante de producto el de la publicidad (no el de la programación, pues lo que define a un mercado es lo que se vende y por eso, cuando se disocia lo que se consume de lo que se vende, el mercado es el de aquello que se vende o compra), aunque sin dejar de examinar que sucede con la audiencia, y más en concreto el de la publicidad en la radio (considerando para ello, entre otras razones, que la publicidad en radio, aunque pueda ser sustituible por la publicidad en otros medios, no lo es en grado suficiente para que quien controlara la totalidad del mercado de la radio no pudiera subir los precios por encima de los de competencia); y como mercado geográfico relevante los mercados locales (considerando, entre otras razones, que la publicidad local en radio no es sustituible por otros medios).

En todo caso, la conclusión que se obtiene es, de un lado, que el TDC no dejó de analizar esa cuestión con detalle y con criterios de racionalidad; y, de otro, que al comparar los argumentos de su dictamen con los que se ofrecen en el escrito de demanda no se detecta aquello que hubiera podido ser trascendente desde el prisma de la revisión jurisdiccional del acuerdo del Consejo de Ministros, a saber: que un hipotético mayor acierto en la definición del mercado relevante hubiera debido conducir a una decisión de sentido o contenido distinto a la adoptada en dicho acuerdo.

DECIMOCUARTO.- Desde el punto de vista estrictamente competencial o concurrencial, ninguna de las restantes alegaciones de la parte actora, referidas de manera ciertamente imprecisa a aspectos tales como la incidencia del ordenamiento jurídico comunitario en el ejercicio de la potestad de control de la operación controvertida (en donde no llegan a ofrecerse datos bastantes para poder atribuir a la concentración cuestionada una dimensión comunitaria, es decir, con un impacto significativo sobre la estructura de la competencia en el mercado común), o del régimen referido a la competencia desleal (en donde -sin perjuicio de lo que luego se dirá en orden a una posible infracción de normas jurídicas, que configura el supuesto previsto en el artículo 15 de la Ley 3/1991- tampoco llegan a ofrecerse datos que permitieran reputar el comportamiento objeto de control como objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe - que es lo que configura el supuesto de la cláusula general prevista en el artículo 5 de la Ley que acaba de citarse-), conduciría al acogimiento de su pretensión anulatoria.

Confirma esta conclusión una circunstancia que, desde aquel punto de vista, no puede dejar de sorprender, cual es que en el escrito de demanda no llega a cuestionarse en ningún momento la eficacia que, para preservar y mantener la competencia efectiva en el mercado de la radio, puedan tener las condiciones a las que se subordina la no oposición a la operación de concentración; en otras palabras, no llega a analizarse si las condiciones impuestas son o no aptas para evitar los efectos anticompetitivos de la operación.

DECIMOQUINTO.- Ahora bien, las operaciones de concentración económica que se producen en el ámbito de los medios de comunicación social presentan una problemática específica, que impide o no consiente que sean examinadas sólo a la luz de los principios que dimanar del artículo 38 de la Constitución y que exige, además, que lo sean también desde la perspectiva del artículo 20 del mismo texto. En aquel ámbito, las citadas operaciones 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.

En efecto, así como en otros ámbitos los principios del sistema económico no exigen necesariamente una pluralidad de operadores, reprimiéndose tan sólo el abuso de la posición de dominio en el mercado, en el que nos ocupa la restricción de su número acarrea el riesgo de menoscabar el pluralismo político y, con ello, la base misma del Estado democrático. El pluralismo de los medios de comunicación social es un valor en sí mismo, al ser esencial para el proceso de formación de la opinión pública y, por tanto, para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. Certeramente se ha dicho por la doctrina científica que no hay Estado democrático sin una opinión pública libre; y que no hay opinión pública libre sin una comunicación social libre asegurada a través de una estructura plural de medios.

Obsérvese, además, que la garantía del pluralismo no queda satisfecha con la mera preservación del "mercado de las ideas", o lo que es igual, de la concurrencia natural de opiniones e informaciones que espontáneamente pueda generar el ejercicio de las libertades de expresión e información; exige más bien

que cualquier pensamiento, idea, opinión o información tenga acceso al proceso de comunicación, y que los potenciales receptores puedan disponer de un contraste de fuentes de opinión y de información. Se satisface, pues, sujetando las operaciones de concentración de los medios de comunicación social a límites mayores y distintos de los que bastan para asegurar la libertad de empresa en una economía de mercado; a límites que garanticen la diversidad de dichos medios.

DECIMOSEXTO.- Las consideraciones anteriores están en sintonía con la que es opinión mayoritaria en el área cultural a la que pertenece nuestro país. Así se comprueba al estudiar el llamado Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre "Pluralismo y Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior. Valoración de la necesidad de una acción comunitaria", hecho en Bruselas el 23 de diciembre de 1992; el dictamen sobre ese Libro Verde aprobado por el Comité Económico y Social en sesión de 22 de septiembre de 1993; el dictamen del Comité de las Regiones relativo a la Comunicación de la Comisión sobre posible evolución de las consultas en torno a aquel Libro Verde, aprobado en la sesión de 19 de julio de 1995; o las resoluciones del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 1990 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº C 68, de 19 de marzo, páginas 137 y ss.), 16 de septiembre de 1992 (DO C 284, de 2 de noviembre, pags. 44 y ss.), 20 de enero de 1994 (DO C 44, de 14 de febrero, pags. 177 y ss), 27 de octubre de 1994 (DO C 323, de 21 de noviembre, pags. 157 y 158), 15 de junio de 1995 (DO C 166, de 3 de julio, pags. 133 y 134) y 22 de octubre de 1998 (DO C 341, de 9 de noviembre, pags. 136 y siguientes). Y, en todo caso, encuentran respaldo en nuestra doctrina constitucional, pues desde las SSTC 6/1981 y 12/1982, siguiendo por otras muchas, como las números 104/1986, 159/1986, 219/1992, etc., viene sosteniendo el máximo intérprete de la Constitución que las libertades del artículo 20 no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático; que para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos políticos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas; o que la función institucional propia del derecho de información es la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático.

DECIMOSÉPTIMO.- Lo expuesto en los dos fundamentos de derecho precedentes no escapó a las consideraciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. En su dictamen hay muestras sobradas de ello. Así, en sus folios 105 y siguientes puede leerse: "[...] El Servicio de Defensa de la Competencia expresa en su informe que ha considerado para su elaboración, únicamente, la normativa sobre defensa de la competencia, sin entrar a valorar otros aspectos legales como la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) y, en concreto, su Disposición Adicional 6ª [...]". "[...] Esta norma está íntimamente relacionada con la garantía del pluralismo informativo o, dicho en otros términos, con la libertad de opinión e información consagradas en el artículo 20 de la Constitución Española (CE) y en Convenios internacionales ratificados por España, de los que cabe destacar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) [...]". "[...] La relación de la operación de concentración proyectada con el pluralismo informativo en la sociedad española no escapa a la percepción de este Tribunal; ha sido, además, alegada por los titulares de otras concesiones (Onda Cero, COPE, Cadena Ibérica) y por las personas físicas relacionadas con el medio a las que se ha solicitado información, ninguno de los cuales, por otra parte, ha denunciado ante el órgano competente, la Dirección General de Telecomunicaciones, la pretendida infracción de la Disposición Adicional 6ª de la LOT [...]". "[...] Consciente de esa relación, el Tribunal, desde el primer momento, comunicó la existencia de la operación notificada voluntariamente al MOPTMA con vistas a la posible aplicación de la LOT sobre la cual tiene competencia exclusiva y para centrar así su informe, únicamente, en la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia, sobre todo los artículos 14-16 LDC y el Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, que las desarrolla [...]". "[...] La pluralidad de medios de comunicación tiene un carácter instrumental de la libertad de expresión entendida como el derecho a expresar y difundir libremente ideas, opiniones y pensamientos y, en otro sentido finalista, como formación libre de la opinión pública en una sociedad democrática cuya salvaguardia considera primordial y preferente para el correcto funcionamiento del sistema; así lo han declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo: st. De 24 de noviembre de 1993, Informationsverein Lentia y otras contra Austria) y el Tribunal Constitucional español (por ejemplo: sts. 12/1982, de 31 de marzo y de 31 de enero de 1994, entre otras muchas) [...]". "[...] La tendencia a la concentración de los medios de comunicación ha suscitado inquietudes relativas a la plena vigencia de la libertad de expresión [...]". "[...] Ya en una Resolución de 16 de septiembre de 1992 el Parlamento Europeo indicó que las normas de competencia actuales no pueden por sí solas garantizar la diversidad de opiniones y el pluralismo en el sector de los medios de comunicación; esto es así porque, aunque en principio hay una coincidencia de intereses entre el objetivo del mantenimiento del pluralismo y el del mantenimiento de la competencia, su significado y naturaleza son diferentes, pues el segundo se refiere a la conducta del agente económico, mientras que el primero está relacionado con la diversidad informativa

[...]". "[...] En España, toda la regulación básica del sector, desde el Estatuto de la Radio y Televisión de 1980 a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, tiene como idea rectora la defensa del pluralismo informativo [...]". "[...] De todo lo que se acaba de exponer puede extraerse como consecuencia que la defensa del pluralismo y de la libre competencia en el ámbito de las emisiones radiofónicas, aunque tienen puntos de coincidencia y en ocasiones los objetivos del pluralismo se pueden alcanzar a través de la defensa de la competencia, no son dependientes uno del otro. Se puede asegurar la existencia del pluralismo informativo en ausencia de un régimen de competencia y, por el contrario, una situación caracterizada por la concurrencia entre distintos operadores radiofónicos puede desconocer por completo el pluralismo informativo. La competencia, pues, no es el único medio para garantizar la diversidad de información que, como valor esencial de una sociedad democrática, puede protegerse por medios diferentes [...]".

DECIMOCTAVO.- Se comprende así, sin dificultad, que las normas contenidas en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (declarada en vigor por la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones), deban, algunas de ellas, ser tomadas en consideración, también, al ejercer la potestad administrativa de control de las operaciones de concentración en el ámbito del medio de comunicación social que es la radiodifusión sonora, pues en ellas se contienen previsiones cuya finalidad es evitar la acumulación en una misma persona, bien de la titularidad de concesiones para la explotación de servicios de radiodifusión sonora, bien del poder de control de la toma de decisiones en sus órganos de administración, y ello, como se dice expresamente en una de dichas normas, para que quede suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica.

Sobre este tema, la Comisión nombrada en el seno del Tribunal de Defensa de la Competencia apreció, ya en su primera reunión, que la concentración en el sector de la radiodifusión, además de estar sujeta a lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia, podía estar afectada específicamente por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987. Y así, en escrito de fecha 26 de enero de 1994, obrante a los folios 626 y 627 del expediente administrativo, se dirigió, a través del Presidente del Tribunal, al Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, rogando información sobre la aplicación al caso de dicha Ley, "para su consideración en el informe que debe emitir este Tribunal al Gobierno [...]".

El Ministerio consultado, a través de la Secretaría General de Comunicaciones, contestó en escrito de fecha 10 de febrero de 1994, obrante a los folios 869 a 871, manifestando, en síntesis, que al desconocer el contenido íntegro y exacto del contrato de cesión de gestión, "no resulta posible pronunciarse en este momento sobre el incumplimiento o no por la proyectada concentración económica de las limitaciones y prohibiciones establecidas en la disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre"; que no obstante lo anterior, a reserva del conocimiento puntual de aquél y a efectos puramente dialécticos, "cabe anticipar que de los escasos datos que, a la luz del escrito remitido por ese Tribunal, pueden ser objeto de análisis, no resulta, sin más, la transgresión de la repetida disposición adicional, debiendo advertir al respecto que la misma alude a la concesión de algún servicio público de radiodifusión sonora, concepto en el que sólo tienen cabida los servicios a que se refiere el artículo 1º.3 del Estatuto de Radiodifusión y Televisión, aprobado por la Ley 4/1980, de 10 de enero, es decir, servicios de producción y difusión de sonidos mediante emisiones radioeléctricas, a través de los medios y con el destino y fines que expresamente resultan señalados, quedando excluidos aquellos otros servicios que, aun considerados vulgarmente como radiofónicos, no son auténticos servicios públicos de radiodifusión, cual sería el caso de los de administración y planificación ad intra (facturación publicitaria, selección de personal, etc.) de cadenas radiofónicas".

Fuera de lo que acaba de extractarse, no se observa, ni en el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia, ni en la resolución impugnada en este recurso, una explícita toma de postura o de criterio acerca de si la operación de concentración infringe o no alguna o algunas de las previsiones de la repetida Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987.

No obstante, obra en los autos, a los folios 765 y siguientes, copia de una resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de julio de 1997, dictada en el expediente R 185/96 (número 962/93 del Servicio de Defensa de la Competencia), que desestima el recurso interpuesto por los aquí actores contra un acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 11 de octubre de 1996, que sobresee parcialmente el expediente contra el Grupo PRISA y **Antena 3** de Radio S.A. en lo que se refiere a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer conductas contempladas en los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 86 del Tratado de Roma. En ella, y en concreto en su fundamento de derecho noveno, cabe ver el criterio de dicho Tribunal sobre el tema que ahora nos ocupa. Así, con referencia al

apartado d) del número 1 de aquella Disposición Adicional Sexta, se dice que obra en el expediente la relación de personas físicas y jurídicas concesionarias de la gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora en Ondas Medias, así como en ondas métricas con modulación de frecuencia cuya competencia ha correspondido a la Administración del Estado hasta la promulgación de la Ley Orgánica 9/1992, no observándose incumplimiento de aquel apartado. Con referencia al apartado e) del mismo número y Disposición se dice que Inversiones Godó, S.A., es el accionista mayoritario de **Antena 3** de Radio, y que el Grupo PRISA participa mayoritariamente en la SER y, a través de Inversiones Godó, S.A., y Paltrieva, S.A., posee una participación indirecta muy elevada del capital de **Antena 3** de Radio, pero aparentemente no participa mayoritariamente en éste, por lo que no existen indicios de que se incumpla ese apartado. Ni tampoco con relación al apartado f), ya que los cambios accionariales en los que se fija fueron notificados a la Administración y autorizados por resoluciones de la Secretaria General de Comunicaciones. Y concluye afirmando que la Disposición Adicional Sexta de la LOT establece limitaciones que afectan exclusivamente a la titularidad de la concesión, pero no inciden en otros aspectos de su explotación, como los acuerdos de gestión, afiliación en cadena, programación, etc.

DECIMONOVENO.- En congruencia con las alegaciones y consideraciones existentes en el expediente administrativo, de las que cabe destacar las contenidas en el escrito obrante a los folios 2090 y siguientes, en donde la dirección letrada de algunos de los hoy actores expuso ya, con precisión bastante, su opinión de que la concentración cuestionada infringía la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987 (así, y como síntesis, en lo que se dice al folio 2114), en el escrito de demanda se vuelve a hacer cita de ésta y del artículo 20 de la Constitución, con el que se conecta, reprochando el olvido y la violación de una y otro; se transcriben, en un apartado que se titula "Limitaciones a favor del Pluralismo Informativo", las previsiones de las letras d) y e) de la repetida Disposición Adicional Sexta, afirmando que esos límites han sido violentados por el TDC y por el Consejo de Ministros; se detiene en interpretar la expresión "participación mayoritaria" que emplea la letra e), destacando que la función que cumple la norma en que se contiene es la de garantía de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 de la Constitución, en defensa de las diferentes facetas del pluralismo informativo, por lo que, a su juicio, la participación mayoritaria podrá serlo en cualquier plano que configure un peligro para el pluralismo, bien en el accionarial, en el del órgano de administración, o en el del control de la gestión; y se afirma, literalmente, lo siguiente: "El análisis, en definitiva, de un proceso de concentración de medios de comunicación social debe, por tanto, examinarse con criterios no únicamente economicistas. La calidad y diversidad de este sector son elementos esenciales para la democracia, en la que (la) participación queda restringida en la medida en que la concentración de medios limita la diversidad de opiniones y el pluralismo".

Por lo tanto, enlazando con lo que dijimos en el párrafo tercero del fundamento de derecho quinto, es claro que no cabía dudar que el tema que estamos abordando desde el fundamento de derecho decimoquinto estaba planteado en el escrito de demanda; y que a él, por ende, ha de extenderse el análisis que ha de hacerse en esta sentencia.

VIGÉSIMO.- Sin embargo, antes de analizar si se ha producido o no la vulneración de las normas contenidas en las letras d) y/o e) del número 1 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987 conviene, todavía, hacer dos precisiones más. Una, para insistir en que esas previsiones son traducción del criterio del legislador acerca de cuáles son las situaciones no deseables para el fin último que persiguen, condensado en la idea de preservación del pluralismo informativo en el sector de los medios de radiodifusión sonora; lo cual quiere decir, también, que en el enjuiciamiento jurídico -y no desde otra perspectiva- que en el Estado de Derecho se atribuye a los Tribunales de Justicia, lo decisivo no será si la operación de concentración menoscaba o no, realmente, el pluralismo informativo, y sí si con ella se produce o no la situación que el legislador consideró no deseable a los fines de preservar éste. Y otra, para matizar que en sede de un procedimiento de control de las concentraciones económicas en ese sector, aquellas previsiones deben operar, para desaconsejar la concentración, no sólo cuando surge la situación jurídica definida en ellas, sino también cuando la situación fáctica, o de realidad del mercado, es análoga o similar a la definida; pues lo exigen así el principio de eficacia a que se somete la actuación de la Administración Pública en el artículo 103.1 de la Constitución y el carácter activo, positivo, no de mera abstención, con que los poderes públicos han de actuar cuando se trata de preservar y hacer efectivos derechos de la naturaleza del que nos ocupa, que lo es el derecho a recibir información; y lo permite la naturaleza no sancionadora que, ab initio, tiene el ejercicio de la potestad de control de tales operaciones, según resulta del contenido de los artículos 17 y 18 de la Ley 16/1989, en la redacción entonces vigente, y del de sus artículos 15 bis, 17 y 18, tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 6/1999.

VIGESIMOPRIMERO.- Contempladas estrictamente desde la literalidad de su definición, es cierto que con la operación de concentración objeto de este proceso no surgieron exactamente ninguna de las situaciones jurídicas previstas en las repetidas letras d) y e), pues no se modificó la titularidad de las concesiones ya otorgadas para la explotación de servicios de radiodifusión sonora, ni una misma persona

pasó a ser partícipe mayoritario -en la acepción accionarial, que se presenta como la más propia de la expresión- en más de una sociedad concesionaria; esto último debe tenerse por cierto en este proceso, pese a la información contradictoria existente en la documentación que se tiene a la vista, al apreciar según las reglas de la sana crítica la prueba pericial que para mejor proveer, y a fin de obtener seguridad sobre ese extremo, acordó este Tribunal. Sin embargo, contempladas desde su razón de ser, desde su espíritu o finalidad, o desde el estado de cosas que se pretende evitar, sí se produjo una situación en el funcionamiento real del mercado análoga o similar a la definida en la letra e), en la que se dispone que "una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuando exploten servicios de radiodifusión sonora que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura".

De un lado, porque la coincidencia sustancial -que no absoluta- en el ámbito de cobertura de la SER y A3 no se ha puesto en cuestión ni parece dudosa a la vista del cuadro obrante al folio 83 del dictamen del TDC, que referido a municipios con más de una y menos de ocho emisoras comerciales en los que se crea o refuerza una situación de predominio de UNIÓN RADIO, pone de relieve que en todos los que menciona (24, entre ellos Burgos, Cádiz, Huesca, La Coruña, Palencia, Vigo, Segovia, Soria, Santa Cruz de Tenerife, Teruel o Zamora) existen emisoras tanto de la SER como de A3; y a la vista de lo que se dice al folio siguiente sobre los municipios con más de ocho emisoras comerciales, al ponerlo en relación con los cuadros obrantes a los folios 1988 a 2001 del expediente administrativo, que acredita esa coincidencia también en municipios tales como Alicante, Barcelona, Granada, Madrid, Sevilla, Valencia, Palma de Mallorca, Murcia y Valladolid.

Y de otro, en cuanto que los negocios jurídicos a través de los cuales se instrumentó la operación de concentración de que se trata producen, ellos mismos, un efecto equivalente al que produciría la participación mayoritaria de una misma persona, jurídica en este caso, en más de una sociedad concesionaria; esto es, un efecto equivalente a la acumulación en ella del poder de control de la toma de decisiones en los órganos de administración de tales sociedades. Que eso es así, es conclusión que obtiene este Tribunal al valorar, como más relevantes: a) el amplísimo ámbito al que se extiende la gestión que asume Unión Radio y ceden la SER y A3, en donde nada parece quedar fuera, abarcando las áreas que ya detallamos en la letra C) del fundamento de derecho segundo y, entre ellas, algunas tan significativas como la elaboración de planes a corto, medio y largo plazo, referidos a los productos, proveedores, inversiones y financiación; el diseño y gestión de la política comercial, con fijación de las tarifas de publicidad; la selección del personal directivo; la gestión de las campañas de publicidad y promoción, tanto institucional como de producto; o la gestión de los recursos inmobiliarios; b) la irrelevancia, en ese contexto, de que tanto la SER como A3 conserven su autonomía en materia de programación, pues en palabras del propio TDC ello no es significativo, ya que es sabido que la programación resulta en buena medida condicionada por la gestión económica; c) la participación mayoritaria, de un 80%, que PRISA tiene en quien asume, Unión Radio, esa amplísima gestión, condicionante de la programación; y d) el acuerdo de actuación conjunta denominado "entre accionistas de **Antena 3** de Radio, S.A.", al que nos hemos referido en la letra G) del fundamento de derecho segundo, pues a través de él ese partícipe mayoritario en la sociedad de gestión, PRISA, se asegura también, en cuanto partícipe mayoritario de uno de aquellos accionistas firmantes del acuerdo, PALTRIEVA, S.A., que el gestor con facultades tan amplias e influyentes no ha de recibir desde el gestionado decisiones en las que no esté conforme PRISA. Significativamente, el dictamen mismo del TDC, refiriéndose a los acuerdos complementarios, afirma que vienen a otorgar al Grupo PRISA un derecho de veto sobre las decisiones que se adopten en relación con UNIÓN RADIO, o lo que es lo mismo, el control total de dicha entidad (folios 7, in fine, y 8 de dicho dictamen). Si a esas circunstancias se unen algunos otros datos, como los que citamos en la letra L) del fundamento de derecho segundo referidos a la procedencia de algunos cargos relevantes de A3, o a la comunicación de la nueva estrategia empresarial que el día 24 de julio de 1992 hace un relevante cargo de PRISA a todos los directores de emisoras de A3, la conclusión que se impone es la asunción por PRISA en dos sociedades concesionarias, la SER y A3, de una posición equivalente a aquella que como no deseable consideró el legislador al establecer la norma de la letra e) del número 1 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987; la asunción en suma del poder de control en la toma de decisiones de una y otra.

VIGESIMOSEGUNDO.- Debió por tanto, en sede del artículo 17 de la Ley 16/1989, y por las razones expuestas, adoptarse una decisión que declarara improcedente la operación, ordenando la desconcentración; pues claro es 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 evitaban el surgimiento de esa posición equivalente no deseable a la que acabamos de hacer referencia.

VIGESIMOTERCERO.- Dadas las pretensiones deducidas en el escrito de demanda, resta por examinar cuál sea la naturaleza de la invalidez que aqueja a la resolución impugnada en este recurso

contencioso-administrativo. A este respecto, debe observarse que dicha resolución no incurre en ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho que describe el número 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni en concreto en la de su letra a), pues no lesiona de modo real y cierto el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sino una norma jurídica pensada para evitar el riesgo de que aquella lesión llegue a producirse. En consecuencia, el pronunciamiento al que debemos llegar en esta sentencia es el de anulabilidad de aquella resolución, acogiendo así la pretensión que como subsidiaria se dedujo en el suplico del escrito de demanda.

VIGESIMOCUARTO.- Aplicando la Disposición Transitoria Novena de la Ley 29/1998, de 13 de julio, y, por tanto, el artículo 131.1 de la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer una especial imposición de las costas causadas, al no concurrir las circunstancias de mala fe o temeridad que serían necesarias para otro pronunciamiento.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de los Srs. Rafael , Luis Alberto , Cesar , Augusto , Gonzalo , Santiago y Juan Carlos contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 20 de mayo de 1994, que decidió no oponerse, bajo determinadas condiciones, a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de **Antena 3** de Radio, S.A. y de la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (S.E.R.) en favor de la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A. Acuerdo que declaramos no ser conforme a Derecho y anulamos por tanto. Desestimando, en cambio, la pretensión de que lo declaráramos nulo de pleno derecho. Sin hacer especial imposición de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Angel Rodríguez García.- Fernando Ledesma Bartret.- Eladio Escusol Barra.- Óscar González González.- Segundo Menéndez Pérez.- Manuel Campos Sánchez Bordona. Firmado. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo, la Secretario, certifico.