



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 8 de noviembre de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el:

INFORME AL GOBIERNO DE LA RIOJA EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONCURSO PÚBLICO CONVOCADO POR ORDEN 6/2001, DE 9 DE FEBRERO, DE LA CONSEJERÍA DE DESARROLLO AUTONÓMICO Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, PARA LA ADJUDICACIÓN, EN GESTIÓN INDIRECTA, DE DOS CONCESIONES PARA LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA TELEVISIÓN DIGITAL DE ÁMBITO AUTONÓMICO.

I. OBJETO DEL INFORME.

El presente informe tiene por objeto analizar el cumplimiento del artículo 19.1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por parte de las sociedades licitadoras en el concurso público convocado para la adjudicación, en gestión indirecta, de dos concesiones para la explotación del servicio público de la televisión digital terrenal de ámbito autonómico.

Este análisis se lleva cabo dentro del expediente abierto en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a solicitud de la Consejería de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas del Gobierno de la Rioja.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal análisis se realiza con el fin de determinar si las dos sociedades licitadoras propuestas por la Mesa de Contratación para la adjudicación de las dos concesiones para la explotación del servicio público de la televisión digital en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma pudiesen incurrir en la prohibición establecida en el artículo 19.1 de la Ley de Televisión Privada que impide que una persona física o jurídica pueda ser titular, directa o indirectamente, de acciones de más de una sociedad concesionaria o que representen más del 49% de su capital social.

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.dos.2.j) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente para evacuar el informe solicitado por el Gobierno de la Rioja, dado que este artículo la faculta para asesorar a las Comunidades Autónomas, a petición de sus Órganos competentes, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las telecomunicaciones y de los servicios a que se refiere el número 1 del apartado dos de dicho artículo (servicios audiovisuales, temáticos e interactivos), particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado, sin perjuicio, por supuesto de las competencias que, en el caso que nos ocupa, corresponden al Gobierno de la Rioja.

III. ANTECEDENTES

Según se desprende de la documentación remitida por el Gobierno de la Rioja, los hechos relevantes para la elaboración del presente informe son los siguientes:

- Por Orden de 9 de febrero de 2001, de la Consejería de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas del Gobierno de la Rioja, se convocó concurso público por procedimiento abierto para la adjudicación de dos concesiones del servicio público de la televisión digital terrenal de ámbito autonómico para la explotación de dos programas cada una, y se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por el que había de regirse dicho concurso. Dicha Orden fue informada por esta Comisión mediante acuerdo aprobado en la sesión de su Consejo de 16 de noviembre de 2000.
- Analizadas las propuestas de los participantes, la Mesa de Contratación formuló propuesta de adjudicación de las dos concesiones a favor de:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Radio Popular, S.A. Cadena de Ondas Populares Españolas.
 - Rioja Televisión, S.A.
- No obstante, la Mesa de Contratación advirtió la posibilidad de que las dos entidades adjudicatarias pudieran incurrir en la prohibición establecida en el artículo 19.1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo de Televisión Privada, modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por lo que en la reunión celebrada el día 2 de agosto de 2001 acordó proponer la suspensión del proceso de adjudicación a las empresas propuestas, a fin de que las mismas acreditaran el cumplimiento, entre otras cuestiones, de las previsiones contenidas en el precitado artículo 19.1 de la Ley de Televisión Privada.
- El Gobierno de la Rioja, en la reunión celebrada el día 3 de agosto de 2001 adoptó el Acuerdo por el que hizo suya la propuesta de la Mesa de Contratación reseñada en el párrafo anterior, resolviendo suspender la adjudicación a las empresas propuestas en tanto que no acreditaran, entre otras circunstancias, el cumplimiento del artículo 19.1 de la Ley de Televisión Privada, concediéndoseles un plazo de tres meses para dicha acreditación.
- Ante el requerimiento efectuado por el Gobierno de la Rioja, las sociedades interesadas formularon en tiempo y forma las alegaciones correspondientes.
- Con posterioridad a las alegaciones presentadas, el día 2 de octubre, la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de la Rioja emite informe sobre la cuestión, considerando oportuna la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

IV. PARTICIPACIÓN EN EL ACCIONARIADO DE LAS SOCIEDADES LICITADORAS

La cuestión planteada por el Gobierno de la Rioja se suscita por la participación del "Grupo Correo" en el capital social de ambas licitadoras:

- Según consta en la documentación obrante en el Registro de Empresas Radiodifusoras, así como en las alegaciones presentadas ante el Gobierno de la Rioja por Radio Popular, S.A. el titular del 4% de sus acciones es la sociedad Corporación de Nuevos Medios Audiovisuales, S.A. quien a su vez, está participada al cien por cien por la sociedad Grupo Correo de Comunicación, S.A. Por lo tanto, a la vista de la documentación reseñada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el párrafo anterior, la sociedad Grupo Correo de Comunicación, S.A. es la titular indirecta de dichas acciones.

- En cuanto a la participación en Rioja Televisión, S.A., en esta Comisión no se tiene constancia de los datos administrativos de dicha sociedad, ni de su composición accionarial, por lo que debemos remitirnos a la participación indirecta que consta en la documentación anteriormente reseñada: 36,67%.

V. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DE TELEVISIÓN PRIVADA.

V.I. Aplicabilidad del artículo 19 de la Ley de Televisión Privada

La Disposición adicional 44ª de la Ley 63/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, únicamente se limita a habilitar al Gobierno y a las Comunidades Autónomas para el otorgamiento de los correspondientes títulos habilitantes, según que el ámbito sea estatal o autonómico, sin remitirse a ninguna norma en concreto.

La citada disposición legal está desarrollada por el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, que regula el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal, que establece las normas técnicas por las que deberá regirse la prestación del servicio, y por la Orden Ministerial, también de 9 de octubre, por la que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del servicio. Esta Orden Ministerial, en lo que se refiere a la gestión indirecta del servicio, hace una remisión genérica a lo dispuesto en la Ley de Televisión Privada, en particular a lo establecido en su Capítulo II (régimen jurídico de la concesión), en su Capítulo III (sobre las sociedades concesionarias), y en su Capítulo IV (régimen sancionador).

Estas disposiciones tienen la consideración de legislación básica, susceptible de desarrollo por las Comunidades Autónomas. En este sentido, el artículo 9 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, modificada por la Ley Orgánica 3/1994, de 24 de marzo y actualizada por la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, dispone lo siguiente:

"En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde la comunidad Autónoma de La Rioja el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias:...

6. Radiodifusión y televisión, de acuerdo con la Ley que regule el estatuto jurídico de la radio y la televisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Igualmente le corresponde, en el marco de las normas básicas del Estado, el desarrollo legislativo y ejecución del régimen de prensa y, en general, de todos los medios de comunicación social.

En los términos establecidos en los párrafos anteriores de este apartado, la Comunidad Autónoma podrá regular, crear y mantener su propia televisión, radio prensa y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines"

En uso de sus atribuciones, la Comunidad Autónoma de La Rioja aprobó la Orden 6/2001, de 9 de febrero, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y se convoca el concurso público para la adjudicación de dos concesiones.

En la citada Orden, se remite a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, disponiendo, en lo que se refiere al objeto de este informe (cláusula 13.1, párrafo tercero), que *"los límites de concentración a que se refiere el artículo 19 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, se entenderán únicamente referidos a los concesionarios que gestionan de forma indirecta el servicio público de la televisión por ondas en la Comunidad Autónoma de la Rioja."*

El citado artículo 19.1 señala que *"Ninguna persona física o jurídica podrá ser titular, directa o indirectamente, de acciones en más de una sociedad concesionaria o que representen más del 49% de su capital social."*

V.2. Alcance del artículo 19.1

Interpretando literalmente la regla del artículo 19.1 de la Ley de Televisión Privada (*"Ninguna persona física o jurídica podrá ser titular, directa o indirectamente, de acciones en más de una sociedad concesionaria o que representen más del 49% de su capital social"*), es evidente que no sería posible la participación simultánea indirecta del Grupo Correo en el capital social de las dos empresas licitadoras designadas en la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación, en la medida en que dicho grupo de comunicación ostenta, según la documentación remitida y los datos que obran en los Registros de esta Comisión, una doble participación (del 4% en Radio Popular, S.A., y del 36,67% en Rioja Televisión, S.A.).

Sin embargo, una interpretación rigurosa de esta norma podría llevar a resultados probablemente no queridos por la misma, pues la participación indirecta de una persona física o jurídica en el capital de más de una concesionaria puede ser a través de gran número de sociedades intermedias, en las que no se ostenta control alguno, lo que obligaría a la sociedad afectada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a desinvertir en esas sociedades intermedias (que acaso pueden no estentar tampoco el control de las concesionarias y que pueden tener un objeto social completamente distinto).

Por tanto, la adecuada delimitación del alcance de la prohibición establecida en el artículo 19.1 de la Ley de Televisión Privada exige su interpretación conjunta con el artículo 23 de la misma Ley, que delimita qué se entiende por "participación indirecta". Dispone este precepto que: *"A los efectos previstos por la presente Ley serán considerados supuestos de interposición o de participación indirecta todos aquellos en los que, mediante acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, se produzca el resultado del control o dominación efectiva del capital en proporción superior a la autorizada por esta Ley"*.

Esta interpretación sistemática del artículo 19.1 de la Ley de Televisión Privada ha sido avalada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de junio de 1999, al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad "Promotora de Informaciones, S.A., contra la Resolución dictada por Ministerio de Fomento, de 24 de julio 1997, relativa a la autorización administrativa otorgada para la transmisión de un número determinado de acciones representativas del capital social de la concesionaria Antena 3 de Televisión, S.A., de su antiguo titular, a favor de la sociedad Telefónica Multimedia, S.A.

En la citada sentencia, a la que se hace también referencia en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de La Rioja, se indica que *"..... De ahí que no baste con cualquier participación, por insignificante que fuera, para caer en la prohibición legal, sino que sea precisa la apreciación de una situación de hecho que ponga objetivamente en peligro la salvaguarda de aquellos fines dignos y necesitados de protección legal, lo que ocurrirá necesariamente, cuando se controle una sociedad indirectamente a través de otra interpuesta"* (Fundamento Vigésimo Segundo).

Esta interpretación restrictiva del concepto de "participación indirecta" ha sido también utilizado por esta Comisión, en su resolución de 19 de julio de 2001, en aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, convalidado mediante el Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000, y modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante RD-Ley 6/2000), que establece en su párrafo primero que *"Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector (...) en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad”.

Si bien el alcance de esta limitación es distinto al previsto en el artículo 19 de la Ley de Televisión Privada, los argumentos contenidos en la citada resolución en cuanto al significado de la limitación impuesta y al concepto de “participación indirecta” son plenamente trasladables al caso que nos ocupa. En este sentido, esta Comisión señalaba lo siguiente:

“Sin embargo, el cálculo de las participaciones indirectas exige un análisis detallado del resto de previsiones del artículo 34 del Real Decreto-Ley ..). En este sentido, de la lectura del citado precepto se deduce que no es la intención del legislador limitar las participaciones financieras de una persona física o jurídica en mas de un operador principal; lo que persigue el citado Real Decreto-Ley es limitar la participación directa o indirecta de naturaleza política, es decir, en los órganos de gobierno del operador principal, con el fin de evitar posibles actuaciones coordinadas entre operadores principales de un mismo mercado ...

En consecuencia, para el cálculo de las participaciones indirectas a efectos de la aplicación de las prohibiciones del artículo 34 del Real Decreto- Ley, no ha de tomarse en consideración la participación indirecta de carácter financiero que, por pura traslación matemática, pueda tener una persona física o jurídica en más de un operador principal. Tal participación indirecta sólo habría de ser computada en el caso de que la misma vaya acompañada de elementos que permitan llegar a la conclusión de que tal participación de la sociedad afectada puede constituir un riesgo de actuación concertada entre varios operadores principales...”.

De acuerdo con la interpretación expuesta y atendiendo a la información de que dispone ésta Comisión, el Grupo Correo, o su sociedad matriz Grupo Correo de Comunicación Social, S.A., al ostentar solamente un 4% en el capital social de Radio Popular, S.A. no dispone de una participación accionarial suficiente como para deducir sin más, y en términos del poder político de gestión que dicha participación lleva aparejada, que ejercerá un control efectivo sobre la gestión diaria de la concesionaria del servicio de televisión digital en la Comunidad Autónoma de la Rioja.

A mayor abundamiento, que además avala la tesis anteriormente expuesta, según consta en el Registro de Empresas Radiodifusoras, la participación mayoritaria en dicha sociedad la ostenta la Conferencia Episcopal Española, con un 45,62%. Existen además otras participaciones sociales que ostentan



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diversos Obispos y Arzobispos y también diferentes Ordenes Religiosas lo que hace que, junto con la participación de la Conferencia episcopal, la representación de la Iglesia Católica alcance casi un 75%. El 25% restante está repartido en pequeñas participaciones que ostentan algunas sociedades, entre ellas Corporación de Nuevos Medios Audiovisuales, S.A., y un gran número de personas físicas.

No obstante lo anterior, la ausencia control accionarial suficiente en términos matemáticos, no excluye *per se*, la ausencia de control efectivo sobre determinadas áreas de gestión empresarial.

Efectivamente, como es sabido, el control sobre una sociedad puede materializarse de múltiples formas y afectar a distintas áreas de la gestión, aun cuando la presencia en el capital social sea reducida. Por la vía de pactos o acuerdos entre socios es posible ejercer un control efectivo en determinadas áreas de la gestión diaria y afectar o erosionar alguno de los planos susceptibles de protección por la norma anticoncentración, a saber, afectar al pluralismo informativo y a las condiciones de competencia en los mercados en que intervienen los concesionarios.

Efectivamente, por la vía de acuerdos entre socios es posible y en muchos casos necesario e imprescindible para el buen funcionamiento de la sociedad, asignar distintas responsabilidades a los socios de cara por ejemplo, al reparto de cargos en el Consejo de Administración, nombramiento de directivos de las principales áreas de gestión, a través de los cuales es posible determinar el grado de influencia.

En el caso que nos ocupa, dicho reparto de áreas de influencia es desconocido por ésta Comisión y por tanto, huelga cualquier declaración adicional sobre esta materia por corresponder en exclusiva al Gobierno de la Rioja el ejercicio de dicho control previo. De su observancia no obstante, se podrá dilucidar si el control accionarial del Grupo Correo implica una mera inversión financiera o por el contrario, responde a una inversión industrial o comercial que lleva aparejada unos compromisos de gestión efectiva sobre determinadas áreas de las futuras concesionarias.

En este último caso, de ser un socio industrial y no un mero socio financiero puede pasar a ejercer la gestión efectiva de la política de adquisición de contenidos (hipotéticos pactos sobre contratos de adquisición de contenidos a empresas del Grupo Correo que podrían prefijar la política de gastos de las dos concesionarias en el mercado al por mayor de adquisición de contenidos) o sobre la política de ingresos de las mismas a través de la venta de espacios publicitarios (por ejemplo prefijando una misma central de medios como intermediario con el mercado publicitario) o tomando las decisiones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estratégicas de elección de operador de red, sistemas y equipos de acceso condicional, etc., en ambas concesionarias.

En definitiva, sólo a la luz de la valoración y análisis de los efectos que dicha participación tenga en los mercados afectados se podrá determinar si las participaciones indirectas del Grupo Correo constituyen un supuesto prohibido por la norma anticoncentración autonómica; en concreto dependerá de cómo afectaría su entrada sin limitaciones a las futuras relaciones verticales (papel del Grupo Correo como proveedor de ambos concesionarios) y a las horizontales (hipotética coordinación en el comportamiento competitivo de los concesionarios a raíz del control conjunto de áreas estratégicas de gestión empresarial).

A results de lo anterior, completado con la valoración que le merezca al Gobierno de La Rioja en términos de garantías de protección del pluralismo informativo, se podrá estar en condiciones objetivas de concluir si la participación indirecta en dos concesionarios tendría encaje o no en la prohibición del art. 19 LTVPr, según las tesis de la Audiencia Nacional.

Como conclusión, y a la vista de la información remitida para evacuar la consulta, esta Comisión no dispone de suficientes elementos de juicio como para afirmar o desmentir que la presencia indirecta y simultánea del “Grupo Correo” en las dos concesionarias constituye un supuesto de participación indirecta de los prohibidos por el artículo 19 de la Ley de Televisión Privada.

Al hilo de lo anterior, y para el caso de que no existan compromisos asumidos al efecto que garanticen que no se materializará una coordinación de comportamientos tanto en las relaciones verticales como horizontales, ya sean entre los propios socios de los concesionarios, como en las relaciones comerciales de los socios con los concesionarios, el Gobierno de La Rioja podría imponer, en la Resolución de otorgamiento, aquellas cautelas y condiciones que estimase oportunas para asegurar que dichos comportamientos no tuvieran lugar so pena de, en caso de detectarse en el futuro, incurrir en la prohibición prevista en el artículo 19 de la Ley de Televisión Privada.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del acta de la sesión correspondiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

José María Vázquez Quintana.

EL SECRETARIO,

José Giménez Cervantes.