

INFORME PN 11/09, ANTEPROYECTO DE LEY AUDIOVISUAL

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), vista la solicitud presentada por la Subsecretaría de la Presidencia en relación con el *Anteproyecto de Ley general de la comunicación audiovisual*, ha aprobado el presente informe en su sesión de 15 de julio de 2009.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el pasado 30 de junio. La documentación remitida consiste exclusivamente en una versión del mencionado Anteproyecto de Ley sin membrete oficial. No se adjuntaron las memorias de acompañamiento, ni la justificativa ni la económica.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva es la piedra angular de la política audiovisual de la Unión Europea (denominada Directiva «Televisión sin fronteras»).

Esta Directiva se asienta en dos principios básicos: la libre circulación de programas televisivos europeos en el mercado interior y la obligación de las cadenas de televisión de dedicar, siempre que sea posible, más de la mitad de su tiempo de emisión a obras europeas.

La Directiva tiene también por objeto preservar algunos objetivos importantes de interés público como la diversidad cultural, la protección de los menores y el derecho de réplica. Se establece el principio según el cual los Estados miembros garantizan la libertad de recepción y el compromiso de no obstaculizar la retransmisión en sus territorios de emisiones de programas audiovisuales procedentes de otros Estados miembros (excepto en materia de protección de menores).

La mencionada norma ha sufrido diversos actos modificativos, el primero en junio de 1997, cuando el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron una nueva Directiva 97/36/CE «Televisión sin fronteras» destinada a reforzar la

seguridad jurídica y a modernizar las disposiciones iniciales. Los principales elementos de esta revisión se refieren a los puntos siguientes:

- Principio de jurisdicción: el Estado miembro responsable de las cadenas de televisión se determina de acuerdo con el lugar donde se encuentra la sede central y donde se adoptan las decisiones de programación.
- Acontecimientos de gran importancia para la sociedad (en particular las manifestaciones deportivas): la Directiva revisada establece las condiciones que permiten al público acceder libremente a la retransmisión de acontecimientos considerados de gran importancia para la sociedad; a tal fin, cada Estado miembro puede establecer una lista de acontecimientos que deben emitirse sin codificar, aunque las cadenas de pago hayan adquirido derechos exclusivos.
- Televenta: la televenta está sujeta a la mayoría de las normas sobre publicidad televisiva. Los bloques de televenta difundidos por una cadena de programación generalista deben tener una duración mínima de quince minutos y ser claramente identificables; el número máximo de bloques diarios es de ocho y su duración total no debe ser superior a tres horas al día.
- Protección de los menores: la Directiva revisada insiste más en la protección de los menores. En particular, se especifica que los Estados miembros deben velar por que los programas sin codificar que puedan perjudicar el desarrollo de los menores vayan precedidos de una señal de advertencia acústica o estén identificados con un símbolo visual.

Desde 2001, esta normativa ha sufrido un nuevo procedimiento de revisión que incluía varias fases y actores participantes (grupos de reflexión, estudios sectoriales, Comunicaciones interpretativas...) hasta la aprobación de la nueva Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Esta última revisión pretende actualizar las normas existentes para tener en cuenta la evolución tecnológica y comercial del sector audiovisual europeo y simplificar la normativa vigente, sobre todo en materia de publicidad y «colocación de productos» diferenciando entre servicios «lineales» (televisión tradicional, Internet y teléfono móvil) y servicios «no lineales» (televisión y noticias a la carta). Por esta razón se la denomina habitualmente Directiva de «Servicios de medios audiovisuales». Otro aspecto importante se refiere a la obligación de cada Estado miembro de garantizar la independencia de la

autoridad de reglamentación nacional encargada de poner en práctica las disposiciones de la Directiva.

El Anteproyecto de Ley sometido a informe (en adelante, APL) incorpora al ordenamiento jurídico español esta última Directiva, de acuerdo con la Disposición final tercera. Sin embargo, y a pesar de que el borrador presentado no incluye exposición de motivos que oriente en este sentido, es evidente que el articulado del APL trasciende la voluntad de trasponer la Directiva mencionada. Asimismo, al analizar la Disposición derogatoria y observar el elenco de normas que quedarían derogadas por la futura Ley, puede llegarse a la conclusión de que esta norma pretende aglutinar buena parte del contenido normativo anteriormente vigente y recogido en diferente normativa sectorial.

II. CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El APL opera una revisión de las normas básicas del sector audiovisual, presentando un contenido heterogéneo. Así, dentro de una vocación marcadamente generalista de regular los “servicios de comunicación audiovisual”, se mencionan nuevas modalidades de prestación, de acuerdo con las nuevas tecnologías (alta definición, televisión en movilidad), se mantienen y refuerzan las ayudas al cine europeo y español (que ahora se amplía a series para TV, animación y documentales) y se crea ex novo el denominado Consejo de medios audiovisuales, al que se reconoce la naturaleza jurídica propia de los entes de la Disposición adicional décima de la LOFAGE 6/97, caracterizados por su estatus de independencia frente a la Administración General del Estado.

El Anteproyecto consta de un total de 59 artículos, agrupados en seis títulos, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

El Título I “Disposiciones Generales” concreta el objeto de la Ley y su ámbito de aplicación.

El Título II “Normativa básica para la comunicación audiovisual” se subdivide en dos capítulos, el primero dedicado a los derechos del público (pluralidad medios, diversidad cultural, tratamiento especial para menores y discapacitados); el segundo, dirigido a recoger los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual (libertad editorial, realización de comunicaciones comerciales, contratación de emisiones en exclusiva...).

El Título III “Bases para la planificación y coordinación del mercado de comunicación audiovisual” se subdivide asimismo en dos capítulos. El primero está dedicado al régimen jurídico básico de la prestación de estos servicios en un mercado competitivo, abierto y plural. El segundo está dedicado a la libertad

de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España.

El Título IV “Los prestadores públicos del servicio de comunicación audiovisual” regula el servicio público audiovisual y los límites que deben respetar los prestadores de dichos servicios así como su financiación.

El Título V “El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales” se subdivide en cinco capítulos: el primero se refiere a su naturaleza, fines y régimen jurídico; el segundo, a las funciones de dicha entidad; el tercero, a su organización interna y garantías de independencia; el cuarto, a la responsabilidad de la entidad (control parlamentario, agotamiento de la vía administrativa) y el quinto, a lo relativo a las tasas en el mercado audiovisual.

Finalmente, el Título VI “Régimen sancionador básico” está dirigido a recoger las infracciones muy graves, graves y leves y sus correspondientes sanciones.

Así mismo, el texto contiene diez disposiciones transitorias, una derogatoria, y cinco disposiciones finales. En particular, destaca la Disposición transitoria cuarta que regula el régimen transitorio de incompatibilidades de licencias. Entre las Disposiciones finales destaca la quinta, que recoge las principales definiciones que son utilizadas a lo largo del texto.

III. VALORACIÓN DEL ANTEPROYECTO

Como se ha dicho, el Anteproyecto de Ley objeto de este informe excede la mera transposición de la Directiva de 2007 por la que se modifica la llamada Directiva “Televisión sin Fronteras” de 1989, queriendo acometer la ordenación básica del sector audiovisual. Dicha voluntad, ya expresada en el propio art. 1 del APL al establecer el objeto de la Ley, se confirma por la cantidad de normas que se pretenden derogar expresamente con la entrada en vigor de la misma, así como por el carácter amplio de su ámbito de aplicación, que comprende todos los “servicios de comunicación audiovisual”, con independencia del medio, canal o tecnología que utilicen los prestadores.

Desde el punto de vista de la competencia, el Consejo de la CNC quiere entrar a valorar tres tipos de cuestiones. La primera y fundamental se refiere a las implicaciones que la creación y atribuciones del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (en adelante, CEMA), pueden comportar sobre las funciones de las autoridades de defensa de la competencia, tanto estatal como autonómicas. La segunda es relativa al conjunto de implicaciones para la competencia que, desde el punto de vista sustantivo, puede suponer la ordenación del mercado audiovisual que se pretende operar. Finalmente, se realizarán una serie de observaciones sobre el reciente Proyecto de Ley de Financiación de la

Corporación Radiotelevisión Española, que no pudo ser informado en su momento por la CNC.

III.1 EL MODELO DE ORDENACIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL Y LAS FUNCIONES DEL CEMA

Como parte de la coordinación y regulación del mercado audiovisual que realiza el APL, destaca la creación de un nuevo organismo público con régimen jurídico propio, el CEMA, con una relación de independencia frente al Gobierno. Este organismo, cuyos objetivos se establecen en el art. 44, tiene por finalidad velar y garantizar el cumplimiento de determinados objetivos, a saber:

- El libre ejercicio de la comunicación audiovisual en materia de radio, televisión y servicios conexos e interactivos.
- La plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley.
- La transparencia y el pluralismo del sector de los medios de comunicación audiovisual, y
- La independencia e imparcialidad del sector público estatal de radio, televisión y servicios conexos e interactivos, y el cumplimiento de la misión de servicio público que le sea encomendada.

Para llevar a cabo estos fines, se establecen una serie de funciones, potestades y facultades para el CEMA, fundamentalmente en los artículos 46 y 47 del APL.

Ahora bien, la creación de un organismo regulador para el sector audiovisual, el CEMA, destinado a proteger los mencionados fines, no puede ni debe afectar a las competencias legalmente atribuidas a otros organismos para la defensa del los intereses generales.

Viene esto a colación porque dentro de esas funciones atribuidas al CEMA figuran algunas que pueden colisionar en su objeto con aquéllas que ostentan las autoridades de defensa de la competencia. Nos estamos refiriendo a las funciones de autorización de concentraciones o incluso al control de conductas anticompetitivas. Véanse, a este respecto, los artículos 46.1.f (*“Autorizar las operaciones de concentración de los prestadores de comunicación audiovisual e informar dichas operaciones cuando deban ser autorizadas por el gobierno”*) y al 47.4 (*“Requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo”*, entre las que se encuentran, en los arts. 10 y 22, determinadas prácticas restrictivas de la competencia).

Desde la CNC se quiere insistir en que las funciones relacionadas con el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados mediante el control del comportamiento de los operadores y el control de concentraciones recaen sobre las autoridades de competencia, con independencia del sector de actividad en que tengan lugar, y que cualesquiera atribuciones de los órganos sectoriales han de responder a la protección de los intereses generales que les son propios, sin interferir en las competencias de las primeras.

El sistema español de defensa de la competencia está integrado, desde el punto de vista institucional, por una serie de instancias de ámbito territorial diverso, relacionadas entre sí mediante distintos mecanismos de coordinación, que analizan los efectos sobre la competencia efectiva de conductas y operaciones de concentración empresariales que suceden en cualquier mercado. Dicho entramado institucional comprende la propia Comisión Europea, la CNC como instancia nacional, los organismos autonómicos de defensa de la competencia, y los tribunales ordinarios, que aplican dicha normativa en el ámbito privado.

La clara vocación horizontal del modelo español de defensa de la competencia, en línea con el comunitario, se ha visto reforzada en la legislatura anterior con la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, norma aprobada con un consenso parlamentario cercano a la unanimidad, incluyendo los dos principales partidos de ámbito estatal, y a la que se llegó tras un proceso de elaboración del Proyecto de Ley abierto y transparente, a través de la puesta a disposición a toda la opinión pública, las instituciones públicas y los operadores privados de un *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.

La atribución a las autoridades de competencia de determinadas facultades de control *ex post* (en el caso de las conductas restrictivas de la competencia) y *ex ante* (en el caso de las concentraciones económicas) de los operadores en cualquier mercado precisamente responde a la voluntad del legislador de fortalecer la independencia en el desempeño de estas funciones, así como su exclusividad decisoria, al menos en el ámbito administrativo. En ambas funciones, esta vocación de independencia se ha visto reforzada con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 y la creación de la CNC, como institución encargada de la instrucción y resolución de estos expedientes.

En este sentido, desde el punto de vista de la relación entre autoridad de competencia y reguladores sectoriales, el art .17 de la Ley 15/2007 establece el marco de relación entre ambos en la instrucción de expedientes de conductas anticompetitivas y control de concentraciones, en el siguiente sentido:

“1. La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes no vinculantes en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley. En todo caso:

- a. Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.*
- b. Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.*
- c. La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.*
- d. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley”.*

Del artículo anterior destaca, en lo que ahora interesa, que los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la CNC actos, acuerdos, prácticas o conductas que pudieran ser contrarios a la normativa de defensa de la competencia, y que inserta en los propios procedimientos de instrucción de expedientes de conductas restrictivas y concentraciones la posibilidad de que los reguladores sectoriales emitan su opinión a través de la emisión de informe no vinculante, cuando los asuntos se sustancien en los sectores que les son propios.

En consecuencia, dado que están regulados y delimitados por parte del legislador los mecanismos de interacción entre reguladores sectoriales, no resulta procedente, en opinión de este Consejo, interferir en el carácter

horizontal del sistema español de defensa de la competencia, que se encuentra plenamente consolidado, mediante la atribución de facultades al CEMA que, en la redacción del APL proporcionado, resultan de dudoso alcance.

III.1.A) El control de las conductas restrictivas de la competencia

Desde el punto de vista del control de conductas, la autoridad nacional de competencia es la única que instruye y resuelve expedientes sobre conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los arts. 1 y 2 LDC y 81 y 82 TCE, expedientes que pueden acabar en sanciones a operadores económicos. Pero también están las autoridades autonómicas de defensa de la competencia implicadas en la instrucción y resolución de expedientes que resulten de la aplicación de los arts. 1 y 2 LDC, con el mismo carácter horizontal en el conocimiento de los asuntos que la LDC, y dentro de los contornos de relación con la autoridad estatal establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 y la posterior Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

La delimitación de estas facultades como exclusivas de las autoridades de competencia pasa por precisar inequívocamente que cualquier atribución del CEMA se entiende destinada a la exclusiva protección de los intereses públicos que tenga encomendados, con pleno respeto y sin invadir las funciones de la CNC/autoridades autonómicas de competencia en la materia.

En este sentido, para establecer correctamente los límites entre las competencias de los organismos reguladores y la autoridad de competencia, merece destacar la jurisprudencia establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006, confirmada posteriormente por la STS de 13 de febrero de 2008.

En la primera de dichas sentencias, el TS, al valorar la corrección a derecho de una Circular de la CMT dictada con arreglo a un precepto del Reglamento de Telecomunicaciones que definía en términos generales la función supervisora de esa Comisión en relación con los mercados de telecomunicaciones, establece que *“la dicción del ya citado artículo [...] le permitía imponer medidas concretas y singulares, con la finalidad expresada, mediante instrucciones vinculantes para los operadores, pero no delimitar con carácter abstracto las conductas de éstos que serían sancionables a título de la Ley de Defensa de la Competencia como modalidades específicas de su artículo 6”*; que ello *“supone tanto como ejercitar por parte de la CMT una inexistente competencia de desarrollo reglamentario en materia de tipificación abstracta de infracciones relativas a la defensa de la libre competencia”*; y que, finalmente, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia es el *“único órgano competente en la*

Administración del Estado para determinar cuándo se ha producido aquella infracción” (F.J. 7º).

De la misma manera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008, dictada en casación en relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2006, y de nuevo en relación con la posible atribución de la CMT para declarar el carácter restrictivo de la competencia, atribuye a la CMT meramente la posibilidad de valorar indiciariamente dicho carácter, pero no le corresponde declarar formalmente la infracción de los tipos definidos por la LDC, lo que sólo corresponde a los órganos de defensa de la competencia. En dicha sentencia, el TS también ha confirmado que, si los reguladores sectoriales consideran que la conducta evaluada es una conducta prohibida por la normativa de competencia, tienen la obligación de comunicar tal extremo a las autoridades de competencia, para que estas puedan proceder a la incoación de un expediente sancionador que pudiera finalizar, en su caso, con la correspondiente sanción en relación con dichas conductas.

El propio art. 20 del APL parece ser consciente de la función de las autoridades de defensa de la competencia en el propio ámbito de los mercados audiovisuales, al establecer, a propósito de los derechos audiovisuales de competiciones futbolísticas: *“La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse [...], en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de competencia”.*

En definitiva, **las facultades del CEMA deben mantenerse inequívocamente dentro de las funciones atribuidas a los reguladores y sin extralimitarse hacia el conjunto de funciones *antitrust* de las autoridades de defensa de la competencia**, debiendo circunscribirse a este respecto a la comunicación de la existencia de conductas restrictivas de la competencia a las autoridades de competencia.

En atención a lo anterior, la redacción del texto del APL debería incorporar las siguientes modificaciones puntuales:

Art. 4. El derecho a la diversidad cultural y lingüística

En el art. 4 del APL se establece que por acuerdo entre uno o varios operadores de televisión de ámbito estatal y una o varias asociaciones que agrupen a la mayoría de los productores cinematográficos, podrá pactarse la forma de aplicación de las obligaciones de financiación de obras audiovisuales europeas. A este respecto, debe recordarse que dichos acuerdos podrían incluir restricciones a la competencia y en consecuencia serían revisables en

sede de competencia. Por este motivo, **al último párrafo del art. 4**, además de la referencia al informe del CEMA, se le debería **añadir la siguiente precisión:**

*“Previamente a la firma de acuerdo, las partes recabarán del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales un informe sobre la conformidad del mismo con lo establecido en esta ley, **sin perjuicio de las funciones que sobre la valoración de dichos acuerdos ostente la Comisión Nacional de la Competencia**”.*

Art. 10. El derecho de acceso a los servicios de comunicación electrónica, y Art. 22. Explotación de redes de comunicaciones electrónicas y servicio de comunicación audiovisual

El apartado 1 del art. 10 establece el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a acceder a los servicios de comunicación electrónica para la emisión de canales y catálogos de programas. Se establece, con ello, una obligación de “must carry” con carácter general, la cual implica que los prestadores de servicios de comunicación electrónica no pueden negarse a incluir los canales y catálogos de programas a solicitud de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Tal previsión impone sobre todos los prestadores de servicios de comunicación electrónica, sin distinción, obligaciones de acceso que pueden afectar significativamente a su modelo de negocio y a su estrategia comercial, dificultando su viabilidad económica, en situaciones en que la negativa no generaría un verdadero problema de exclusión para el solicitante.

Se considera que, cuando la negativa de acceso al servicio de comunicación electrónica supone un problema de exclusión del mercado, el instrumento adecuado es el control de conductas restrictivas de la competencia de la normativa de defensa de la competencia (acuerdos restrictivos y abuso de posición dominante). Existiendo este mecanismo ex post, no parece adecuada una obligación ex ante de acceso indiscriminado. Si existiesen servicios concretos en que resultase acreditado que esta obligación resulta pertinente, la garantía ex ante de acceso debería limitarse a esos servicios, debiendo quedar acreditadas en la memoria de acompañamiento la necesidad y proporcionalidad de esta medida.

En la misma línea, el apartado 2 del art. 10 establece que “las condiciones de acceso deben ser transparentes, equitativas y no discriminatorias. En todo caso, están prohibidas y son nulas de pleno derecho las estipulaciones destinadas a impedir, restringir o falsear la competencia o aquéllas que resulten de la explotación abusiva de una posición de dominio”.

La primera parte de este párrafo está destinada a evitar una situación que sólo resulta preocupante cuando la empresa que otorga el acceso se encuentra en posición de dominio, o su conducta surge del acuerdo entre operadores. Todas estas situaciones resultan perfectamente subsanables mediante el control ex post de las conductas insertas en los arts. 1 y 2 LDC y los arts. 81 y 82 TCE.

En cuanto a la segunda parte del párrafo, la inclusión resulta redundante, puesto que dichas prácticas ya vienen prohibidas por la LDC/TCE, y sin embargo su inclusión en esta Ley puede introducir interpretaciones erróneas en relación con las atribuciones que puede tener el CEMA respecto al control de estas conductas, toda vez que, conforme al art. 47 APL, el CEMA podrá requerir (sin precisar a quién ni los efectos de dicho requerimiento) el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en esta Ley.

En consecuencia, se propone que se elabore una **nueva redacción del art. 10**, que limite la obligación ex ante de acceso a aquellos servicios de comunicación electrónica en que esté objetivamente justificada dicha obligación, y que elimine íntegramente la redacción del segundo párrafo, en la medida en que resulta redundante con la Ley de Defensa de la Competencia.

Por otra parte, el art. 22, en su apartado 1, determina la obligación de garantizar el acceso a la red por parte de los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas, determinando seguidamente que quedan prohibidas las prácticas comerciales destinadas a excluir singularmente a determinados prestadores audiovisuales y productores independientes.

Se reproducen aquí idénticas cautelas a las mostradas a propósito del art. 10. En primer lugar, el ámbito de la obligación de los operadores de red no debería tener carácter general, sino que debería limitarse a aquellos servicios audiovisuales en que resulte claramente justificada, con arreglo a razones de interés público, la procedencia de establecer dicha garantía.

De la misma manera, el segundo inciso del apartado 1 del art. 22 –la prohibición de las prácticas comerciales destinadas a excluir singularmente a determinados prestadores audiovisuales y productores independientes- resulta, de nuevo, perfectamente perseguible desde la normativa de defensa de la competencia, y por lo tanto su inclusión en esta Ley es redundante e induce a confusión acerca de quién va a controlar y sancionar estas conductas, atribución reservada a las autoridades de defensa de la competencia. En consecuencia, se propone eliminar el segundo inciso de dicho artículo 22.1.

Art. 40. La función de servicio público audiovisual y su control

A propósito de la determinación de los objetivos generales de la función de servicio público audiovisual que deben llevar a cabo los prestadores públicos de dicho servicio, el apartado 3 de dicho artículo establece que las autoridades audiovisuales competentes deberán “*evaluar si los nuevos servicios significativos que se pretendan incluir se ajustan a la misión de servicio público encomendada y si alteran la competencia en el mercado audiovisual*”.

Esta última circunstancia colisiona con las funciones propias de las autoridades de competencia, tanto nacional como comunitaria, tanto en materia de control de ayudas públicas como de conductas restrictivas de la competencia, y en particular las relativas a los servicios de interés económico general. Por ello, el último inciso de dicho apartado debe ser eliminado, de manera que el art. 40.3 quede redactado de la siguiente manera:

“[...] evaluar si los nuevos servicios significativos que se pretendan incluir se ajustan a la misión de servicio público encomendada”.

Art. 47. Potestades y facultades del CEMA

El apartado 4 establece que el CEMA podrá “*requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en esta Ley y en sus normas de desarrollo*”. Algunas de las previsiones establecidas en el APL, en su formulación actual, colisionan con ámbitos de actuación de la CNC, como pueden ser los arts. 10 y 22 ya mencionados que establecen expresamente la nulidad de conductas restrictivas de la competencia y abusivas. Esta posibilidad de “requerir” implicaría que el art. 47.4 estaría otorgando al CEMA alguna atribución imprecisa relacionada con el cese de dichas prácticas, cuando el organismo que está habilitado para disponer dicho cese es la CNC.

Sin perjuicio de la pertinencia, ya manifestada, de modificar las redacciones respectivas de estos artículos, se considera pertinente corregir la redacción de este art. 47.4 para evitar colisiones entre las funciones del CEMA y de las autoridades de competencia, de manera que, en línea con la ordenación del resto de reguladores sectoriales, ante los indicios de prácticas competitivas, el CEMA comunique a la autoridad de competencia la existencia de indicios de conducta anticompetitiva.

En consecuencia, se propone **añadir al apartado 4:**

“En el caso de que se encuentren indicios de prácticas anticompetitivas, comunicar dichos indicios a las autoridades de competencia correspondientes para su estudio”.

Por otra parte, el apartado 6 del art. 47 del Anteproyecto establece que el CEMA podrá instruir y sancionar las conductas tipificadas como infracciones en esta Ley, cuando se produzcan en el ámbito audiovisual estatal. A este respecto, son los artículos 55 a 57 los que determinan las infracciones muy graves, graves y leves sobre las que el CEMA puede conocer. Se refieren en general a determinadas obligaciones impuestas en otras partes de la Ley, en relación con los requisitos de acceso a la actividad, disposiciones sobre contenidos, publicidad, o financiación de actividades recogidas en la Ley. Sin embargo, alguna de estas atribuciones puede colisionar con las atribuciones de los órganos de defensa de la competencia.

Para evitar que bajo cualquiera de dichas tipificaciones pudieran incluirse infracciones que de hecho supongan una duplicidad con el régimen sancionador del sistema de defensa de la competencia, se propone **incluir un inciso en el apartado 6** en el siguiente sentido:

*“6. Instruir y sancionar las conductas tipificadas como infracciones en esta Ley, cuando se produzcan en el ámbito audiovisual estatal, **respetando las competencias de los órganos de defensa de la competencia con arreglo a la normativa aplicable**”.*

Art. 55. Infracciones muy graves

En relación con lo expuesto a propósito del artículo anterior, en particular el art. 55.12 incluye una tipificación de una infracción muy grave que puede colisionar con las funciones de sanción de conductas restrictivas de la competencia de las autoridades de defensa de la competencia. Esta infracción consiste en: *“El incumplimiento de las resoluciones dictadas por la autoridad audiovisual competente para restablecer el pluralismo en el mercado audiovisual”.*

Las funciones del CEMA relativas al pluralismo audiovisual son las recogidas en los arts. 35 y 36 APL, y hacen referencia al control de la adquisición de participaciones significativas por parte de operadores televisivos y radiofónicos. Para delimitar correctamente el ámbito objetivo de la infracción tipificada en el art. 55.12, debería incluirse una referencia expresa a que la infracción se refiere al incumplimiento de las medidas adoptadas en el seno de la aplicación de dichos artículos, en el siguiente sentido:

*“El incumplimiento de las resoluciones dictadas por la autoridad audiovisual competente para restablecer el pluralismo en el mercado audiovisual **en el marco de los artículos. 35 y 36 de la presente Ley**”*

De esta manera se asegura, además, la correcta sistemática en la tipificación de infracciones por referencia a determinados artículos de la Ley, ya que otros

apartados de los arts. 55 y 56 sí aluden a los artículos de los que arranca la respectiva infracción.

Disposición transitoria novena. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

Esta disposición determina que *“Hasta la efectiva constitución del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales sus funciones serán ejercidas por la Administración ordinaria, salvo las previstas en la Sección 3ª, del Capítulo primero del Título tercero, para el mantenimiento de un mercado audiovisual competitivo, transparente y plural, que corresponderán a la Comisión Nacional de la Competencia”*. En concreto, los dos artículos que se encuadran en dicha Sección hacen referencia a la garantía del pluralismo televisivo y radiofónico.

Pues bien, en relación con dichas funciones, ni la CNC está encargada de proteger el pluralismo como tal, ni el hecho de que, en el futuro, el CEMA ostente determinadas funciones de velar por dicho pluralismo han de menoscabar las funciones de la CNC en materia de control de las concentraciones económicas, en atención al impacto de las mismas sobre la competencia efectiva en los mercados. Por las razones expuestas en las observaciones generales, la CNC debe seguir manteniendo este control en los mercados audiovisuales tanto como en los restantes mercados.

En consecuencia, para evitar la confusión dimanante de tal redacción, se aconseja eliminar toda alusión a la CNC en dicha disposición, de manera que quede formulada en el siguiente sentido:

“Hasta la efectiva constitución del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales sus funciones serán ejercidas por la Administración ordinaria.”

III.I.B) El control de las concentraciones económicas

En lo que respecta al control de concentraciones, de nuevo debe precisarse que cuando la concentración cumpla los requisitos para necesitar de una autorización, la misma corresponde a las autoridades de competencia, bien la estatal, bien la comunitaria, sobre la base del análisis de los efectos de la operación sobre la competencia efectiva.

Para ello, se ha instituido un procedimiento con una serie de mecanismos de articulación relativamente sofisticada para facilitar la aprobación de la operación (como la propuesta de compromisos por las partes), y otras garantías para la adecuada recepción de todos los intereses en juego, como los de los competidores, consumidores, y, también, los reguladores sectoriales,

que tienen previsto un trámite de informe preceptivo en caso de que las concentraciones afecten a los mercados por los que aquéllos velan, en el artículo 63 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

En este procedimiento, en relación con las concentraciones que no tienen ámbito comunitario, de nuevo el legislador de 2007 ha querido incrementar el grado de independencia instructora y decisoria de la CNC, de manera que es la CNC y no el Gobierno, ni ningún otro organismo, la que resuelve autorizar las operaciones. De hecho, la posibilidad de que el Gobierno revierta la decisión de la CNC, con arreglo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, sólo se contempla en el caso en que la CNC decida prohibir la operación o autorizarla con condiciones, pudiendo aquél determinar la aprobación de la operación.

Ello en el caso de las concentraciones que no recaigan en la jurisdicción comunitaria, porque, de ser así, la decisión sobre la aprobación o prohibición la tiene exclusivamente la Comisión Europea, sin que pueda existir ninguna instancia nacional que pueda decidir sobre la misma.

Finalmente, las potestades autorizatorias de las concentraciones de los organismos reguladores nacionales han quedado seriamente cuestionadas tras la controversia, dilucidada en los tribunales comunitarios, sobre la aplicación de la llamada función 14 de la CNE, que permitía a aquella Comisión emitir autorización sobre las concentraciones en el sector energético español, atribución cuyo alcance ha limitado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, declarando contrario al Derecho Comunitario uno de los supuestos de emisión de dicha autorización, en la medida de su incompatibilidad con los derechos a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, consagrados en el Tratado de la CE¹.

Por todo lo anterior, no sólo carece de sentido sino que cabría cuestionar la adecuación al derecho comunitario de la existencia de dos instancias que autorizasen, en paralelo, operaciones de concentración, como parece derivarse de la redacción del APL. En consecuencia, la opinión del CEMA acerca de una operación de concentración en el sector audiovisual debería circunscribirse al trámite previsto para que los reguladores sectoriales emitan su opinión en el procedimiento de control de concentraciones, siendo necesario que se modifique la vaga redacción propuesta en este sentido.

Sentado lo anterior, **el articulado del texto debería modificarse en el siguiente punto:**

Art. 46. Funciones del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

¹ Véase a este respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, recaída en el asunto c-207/07.

El apartado 1.g) de dicho artículo establece, entre las funciones del CEMA, la de “Autorizar las operaciones de concentración de los prestadores de comunicación audiovisual e informar dichas operaciones cuando deban ser autorizadas por el Gobierno”.

En atención a las razones manifestadas anteriormente, se considera que toda facultad de supervisión directa de las operaciones de concentración por parte del CEMA debería circunscribirse a la verificación de los supuestos del art. 35 del APL en relación con los límites que dicho artículo establece para la participación simultánea en más de un operador televisivo. Es esta, por tanto, una actividad automática, no valorativa.

Por otra parte, en relación con la atribución de informar dichas operaciones cuando deban ser autorizadas por el Gobierno, existe un error de redacción ya que la obligación de analizar las operaciones de concentración para su eventual autorización no recae sobre el Gobierno, sino sobre la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de que el Consejo de Ministros, bajo determinados supuestos, pueda reconsiderar las decisiones de prohibición o aprobación condicional de la CNC. Es más correcto referirse a la facultad de informar que tendrá el CEMA, al igual que el resto de reguladores sectoriales en caso de que las concentraciones afecten a su ámbito, dentro del procedimiento sustanciado ante la CNC, en particular en el trámite de informe preceptivo que establece el art. 63 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

Por lo tanto, se propone la siguiente redacción del mencionado apartado:

g) Verificar las condiciones del art. 35 de la Ley en atención a la limitación de adquisición de participaciones entre operadores concesionarios del servicio público de televisión de ámbito estatal, e informar dichas operaciones cuando, por constituir operaciones de concentración, deban ser autorizadas por la Comisión Nacional de la Competencia.

III.2 OBSERVACIONES RELATIVAS A LA ORDENACIÓN DE LOS MERCADOS AUDIOVISUALES

Se recogen a continuación observaciones al articulado del APL relativas a la ordenación de los mercados audiovisuales sobre determinados aspectos de los que pueden derivarse consecuencias para la competencia en dichos mercados.

Arts. 11 y 46. Códigos de autorregulación

En diversos momentos del articulado se habla de códigos de autorregulación. Así, el art. 8 (derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales) alude a las facultades de control de dichos códigos por parte de la autoridad audiovisual; el art. 11 se refiere al derecho que tienen los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración, y el art. 46.1.b) establece que el CEMA tendrá entre sus funciones “*Promover la autorregulación del sector audiovisual*”, en línea con el art. 3, apartado 7, de la Directiva Televisión sin Fronteras.

La autorregulación en este campo viene fundamentalmente destinada a evitar la retransmisión de contenidos ilícitos o inapropiados. Sin embargo, debe recordarse que los códigos de autorregulación no dejan de ser acuerdos entre competidores que podrían incluir restricciones a la competencia, en el sentido del art. 1 LDC y 81 TCE, y en consecuencia son perfectamente revisables en sede de competencia. De hecho, el Consejo de la CNC ha emitido resoluciones relativas a códigos de conducta en el ámbito audiovisual, y más concretamente publicitario (por todos, véase asunto AUTOCONTROL de 2008, en la que se declaraba el código de conducta en cuestión exceptuable de la aplicación art. 1.1 LDC ex art. 1.3).

En consecuencia, resulta pertinente recordar en la redacción del texto que dichos códigos son susceptibles de ser examinados desde esa perspectiva por parte de las autoridades de competencia, proponiéndose con ello las siguientes redacciones de los arts. 11 y 46. Así, **al art. 11 se le añadiría un apartado 4**, que dispondría:

“Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto”.

Y al art. 46.1.b) se le añadiría el siguiente inciso:

“b) Promover la autorregulación del sector audiovisual, dentro del respeto a las normas de competencia y sin perjuicio de las facultades de las autoridades de defensa de la competencia en su control”.

Art. 19. La potestad para excluir la emisión codificada de acontecimientos de interés general para la sociedad

En este artículo se señala que el CEMA debe fijar mediante decisión motivada un catálogo con vigencia bienal donde se recojan los acontecimientos de interés general para la sociedad que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal, que en principio tendrán que estar escogidos de un listado que proporciona el propio art. 19.1. Entre ellos, se encuentra la emisión en abierto de un partido de fútbol por jornada de Liga de Primera División.

La CNC, en su Estudio sobre derechos audiovisuales futbolísticos publicado en 2008, ya apuntó el riesgo distorsionador, para la venta de derechos audiovisuales futbolísticos, que entraña la consideración de un partido de Liga semanal como acontecimiento de interés general. Dicha garantía, que no existe en los países de nuestro entorno, afecta al valor de los derechos y a las decisiones de los distintos operadores de optar a los mismos. El hecho de que este partido figure en dicha lista del art.19 no resulta definitivo a este respecto, ya que corresponderá al CEMA la fijación bianual de este partido como acontecimiento de interés general. **Por ello, se recomienda que, en atención a dicho riesgo distorsionador, el CEMA pondere cuidadosamente si la cualidad de “interés general” se cumple, en particular, a propósito de dicho partido de Liga, que es el único de los acontecimientos listados que tiene una vigencia periódica semanal.**

Art. 20. Compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares

Este artículo establece una referencia al respeto a la normativa de competencia en el establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares, y también alude a la necesidad de observar los pronunciamientos que realicen las autoridades españolas de competencia a propósito de la venta (y, se entiende, reventa o cualquier otra operación relacionada) de dichos derechos a los operadores audiovisuales.

Sin perjuicio de que ello no resulte estrictamente necesario, **se valora positivamente que se expliciten tales referencias.**

Art. 22. Explotación de redes de comunicaciones electrónicas y servicio de comunicación audiovisual

Por otro lado, el segundo párrafo del apartado 1 establece que los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas deben garantizar que las condiciones técnicas de transmisión permiten una interactividad efectiva. Se considera que esta puede ser una previsión excesivamente gravosa para dichos prestadores, y que las condiciones de interactividad deberían ser decididas por los propios operadores de red en el desarrollo de su modelo de negocio, dentro de las capacidades técnicas posibles. En consecuencia, **se propone eliminar dicha previsión del articulado.**

Art. 25 La comunicación previa

El apartado 3 de dicho artículo establece que “*cuando el servicio audiovisual sea de pago, el sistema de codificación deberá estar homologado por la autoridad competente*”.

Se considera necesario someter esta obligación de homologación a una justificación rigurosa de su necesidad y proporcionalidad, ya que, en función de los requisitos que se establezcan para la homologación, puede darse lugar a restricciones al acceso al mercado de los codificadores, suponer una barrera a la innovación y dificultar el desarrollo de modelos de negocio audiovisuales basados en codificadores con estándares técnicos alternativos.

Art. 26. Régimen jurídico de las licencias audiovisuales

En línea con la observación anterior, a propósito de la referencia al sistema de codificación presente en el apartado 3 de dicho artículo, se aconseja someter la obligación de homologación del sistema de codificación de contenidos de pago por parte de la autoridad audiovisual a una justificación rigurosa de su necesidad y proporcionalidad.

Art. 30. Duración y renovación de las licencias audiovisuales

El APL ordena, en su título III, las bases para la planificación y coordinación del mercado de comunicación audiovisual. Con respecto al régimen jurídico básico, se parte de la libertad de empresa para la prestación de los servicios de comunicación audiovisual, si bien, en determinados supuestos (caso de los servicios prestados mediante ondas hertzianas terrestres o de la televisión en movilidad), el acceso se realizará mediante licencia previa, otorgada por concurso.

En relación con estas licencias, uno de los objetivos que deben perseguirse mediante un marco legal con vocación de estabilidad es posibilitar la competencia y el acceso al mercado en el futuro. Ello implica eliminar, o reducir

al máximo posible, las disposiciones que limiten dicha posibilidad por parte de operadores no presentes en estos momentos en el mercado, y ello con independencia de la conformación actual de la estructura de los distintos mercados audiovisuales.

En este sentido, en determinados puntos del APL se establece un trato de favor hacia los operadores actuales que puede perjudicar la entrada de nuevos agentes en el futuro.

Así, el artículo 30 establece que las licencias serán otorgadas por un plazo de quince años, siendo automáticas las sucesivas renovaciones, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

La sucesiva renovación automática de las licencias, en un entorno de limitación de su número, supone la limitación del acceso al mercado para terceros operadores interesados en entrar al mismo, en el momento del vencimiento formal de la vigencia de la licencia, limitación que permanecerá en tanto no suceda un cambio sustancial en la capacidad física del espectro. Ello choca con el principio de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento, y de hecho está expresamente prohibido, en el marco de la regulación general de los servicios, por la Directiva comunitaria de Servicios y por la futura Ley española de Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. Sin perjuicio de que estas normas no resulten directamente aplicables a los servicios audiovisuales, cabe preguntarse si verdaderamente las particularidades del sector audiovisual aconsejan una regulación diferenciada en tal sentido.

No obstante, de existir una justificación económica a la prórroga de la licencia debido, por ejemplo, a la necesidad de amortizar las inversiones que necesitan acometerse para la prestación de la actividad, una solución más congruente y que proporcionaría una mayor seguridad jurídica, consistiría en establecer un período de vigencia que permitiese dicha amortización, pero a cuyo vencimiento se permitiese concurrir a los operadores que, en su caso, estuviesen interesados.

De igual manera, si lo que se pretende es la protección de otros intereses generales, como pudiera ser el pluralismo informativo, resulta mucho más adecuado que en los sucesivos procesos de licitación se articulen mecanismos que privilegien a aquéllos operadores no mayoritarios en el ámbito en cuestión.

En definitiva, el principio de renovación automática de las licencias, cuando éstas son limitadas debido al carácter de recurso escaso del espectro radioeléctrico, es una opción particularmente restrictiva de la competencia en el acceso a estas licencias, sin que se encuentren razones de interés público que puedan justificar tal medida, o motivos de eficiencia económica que no

podieran solucionarse mediante una adecuación de la vigencia original de la licencia a dicha necesidad, a cambio de eliminar dicha prórroga automática.

En todo caso, si se estima que las características económicas de este mercado aconsejan una previsión de este tipo, para paliar este efecto de cierre en el ámbito considerado se podría considerar, si no la eliminación de la prórroga automática, al menos sí la inclusión de una letra d) en el apartado 2 del art. 30, que establezca condiciones para la prórroga en el siguiente sentido:

“2. Las sucesivas renovaciones de las licencias serán automáticas, y por el mismo plazo estipulado inicialmente para su disfrute, siempre que: [...]”

d) Ningún otro operador haya solicitado, en los seis meses previos a su vencimiento, una licencia similar, cuando el margen para su otorgamiento esté agotado por razones técnicas”.

Art. 33. Televisión en movilidad

El apartado 1 de este artículo determina en su segundo inciso un criterio de valoración para el otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual de televisión en movilidad. En concreto, se establece que se deberá tener en cuenta la experiencia acumulada de los candidatos como prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

La discriminación a favor de los candidatos que más experiencia poseen puede dar lugar a que nuevos entrantes, sin o con menos experiencia que los operadores consolidados, no puedan acceder al servicio de televisión en movilidad, o simplemente se vean disuadidos de hacerlo. Por ello, convendría limitar claramente la ponderación máxima que puede otorgarse al mismo en la valoración, una vez justificada debidamente la necesidad de imponer esta restricción con arreglo a algún criterio de interés público.

Asimismo, debería dejarse claro que la “experiencia acumulada” no se refiere a aquélla desempeñada en España, sino que resulta válida dicha experiencia, como mínimo, si se ha acumulado en el ámbito de la UE, y, fuera de ésta, según sean las condiciones de reciprocidad con el Estado de origen.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera procedente que se expliciten el resto de criterios con arreglo a los cuales se van a conceder dichas licencias, debiendo en todo caso resultar dichos requisitos de acceso: objetivos, justificados en la protección de algún objetivo de interés común que se encuentre inequívocamente precisado, y proporcionados, de manera que se asegure que su establecimiento no causa una distorsión de la competencia que pudiera ser evitada, sin merma de la consecución del objetivo de interés común, de utilizar otros medios.

Finalmente, se considera que la restricción al comportamiento de los operadores establecida en el apartado 2 de este artículo, consistente en obligar a que la oferta en abierto sea mayoritaria respecto a la codificada, no parece justificada por cuestiones técnicas y puede condicionar la viabilidad del desarrollo de determinados modelos de negocio, perjudicando la competencia a medio y largo plazo. Se estima que, a menos que se estableciese claramente la necesidad de dicha previsión, y que no existiesen opciones menos restrictivas de la competencia que garantizaran dicho objetivo en la misma medida, debería dejarse a la voluntad de los licenciatarios el mix abierto/codificado.

Art. 35. Pluralismo en el mercado audiovisual televisivo

Los arts. 35 y 36 se insertan dentro de la Sección 3ª del Capítulo I del Título III de la futura Ley, que lleva por rúbrica “*Reglas para el mantenimiento de un mercado audiovisual competitivo, transparente y plural*”.

Con carácter general, este Consejo considera que debe tomarse con mucha cautela la alusión al pluralismo informativo para ordenar, en este caso, los mercados audiovisuales. Dicha protección del pluralismo (que, desde el punto de vista audiovisual, resulta progresivamente menos necesaria en un entorno globalizado y de convergencia entre distintos servicios, que permiten al ciudadano una mayor cantidad de opciones de información) puede posibilitar una ordenación de los mercados concernidos desde instancias públicas, introduciendo restricciones a la libertad empresarial. Es por ello que, tal como se ha manifestado anteriormente, las potestades del regulador audiovisual en relación con la protección del pluralismo no deben ser genéricas, sino quedar convenientemente precisadas a la Sección 3ª del Capítulo I del Título III de la futura Ley. Por otra parte, convendría eliminar la palabra “competitivo” de la rúbrica de dicha Sección, ya que su objeto no es propiamente la defensa de la competencia del mercado audiovisual.

Entrando ya en el contenido del art. 35, este artículo establece limitaciones a la participación cruzada entre operadores audiovisuales en defensa del pluralismo informativo, en línea con la reciente Ley 7/2009, de 3 de julio, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, que trae causa del Real Decreto-Ley 1/2009, de 3 de febrero.

Así, se establece que las personas físicas o jurídicas no pueden adquirir participaciones significativas en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal cuando la audiencia media del conjunto de los canales de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual considerados supere el 27% en los 12 meses anteriores.

Desde el punto de vista de competencia, este límite basado en el pluralismo informativo es más estricto que el que presumiblemente pudiese derivarse de una prohibición en materia de control de concentraciones, por varias razones. En primer lugar, el concepto de “participación significativa” del APL se alcanza con mayor facilidad que el relativo a la toma de control a efectos de concentraciones, ya que el primero se puede cumplir con la mera adquisición del 5% del capital social, de acuerdo con el art. 24.3.a) del propio APL. En segundo lugar, el umbral del 27% de audiencia no es automáticamente revelador de la existencia de efectos negativos sobre la competencia en el mercado de la operación, con lo cual, de no existir esta previsión, el análisis de una eventual operación que alcanzase dicho umbral podría permitir su autorización.

En consecuencia, y dado que este instrumento permite impedir tomas de participación y, eventualmente, concentraciones en el sentido de la normativa de defensa de la competencia, su utilización debe estar estrictamente basada en el objetivo de interés común consistente en la protección del pluralismo informativo. Para ello, se aconseja precisar la redacción en varios sentidos.

En primer lugar, procede clarificar el ámbito subjetivo de esta previsión, en la misma medida que lo hace la recientemente publicada Ley 7/2009 al modificar el art. 19 de la Ley de Televisión Privada, que habla estrictamente de “concesionarios del servicio público de televisión de ámbito estatal” y no de “prestadores del servicio audiovisual de ámbito estatal”. La omisión de la condición de “televisivos” de dichos operadores, que posiblemente se trate de un error, implica ampliar el ámbito de esta obligación a operadores distintos de los televisivos (y a los operadores de televisión a petición), de acuerdo con el propio glosario incluido al final del APL. En consecuencia se aconseja corregir la redacción, limitando claramente los operadores que se ven afectados por dicha previsión.

En segundo lugar, si lo que se pretende es salvaguardar el pluralismo informativo, los afectados por la limitación (tanto en esta norma como en la Ley de Televisión Privada) deberían ser no sólo las personas físicas o jurídicas aisladamente consideradas, sino también empresas con personalidad jurídica diferenciada pero que sean, sin embargo, miembros del mismo grupo empresarial.

Art. 36. Pluralismo en el mercado audiovisual radiofónico

Este artículo establece determinadas limitaciones al acaparamiento de licencias administrativas del servicio de radiodifusión, limitando el control directo e indirecto a más del 50% de las mismas en el mismo ámbito de cobertura, o bien a cinco licencias. Se limita también al 40% el acaparamiento de licencias

de cobertura única de una misma Comunidad Autónoma, así como a 1/3 la limitación de las licencias a nivel estatal.

En línea con lo referido a propósito del anterior artículo, sin perjuicio de que la protección del pluralismo informativo no es objeto de protección desde la CNC, se considera que, para facilitar el cumplimiento de dicho objetivo, a la limitación para la misma persona física o jurídica debería acompañarse la de “empresas del mismo grupo empresarial.”

Art. 42 Regulación de la financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual

El apartado 1 de este artículo dispone que el sistema de financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual deberá ser compatible con la normativa vigente en materia de competencia. Con ello, se manifiesta una voluntad de que la financiación pública no suponga distorsiones en el mercado. Para ello, se establece en distintos apartados de este artículo el principio de separación contable de actividades públicas y privadas, así como los mecanismos para la determinación del coste neto del servicio público. Otras previsiones, como la establecida en el art. 40.4, relativa a que “la financiación pública no podrá sostener actividades ni contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público”, van en la misma dirección.

Sin embargo, estas garantías pueden no resultar suficientes para paliar una de las principales distorsiones competitivas que existen en el mercado consistente en la adquisición de contenidos de gran valor audiovisual por parte de los operadores de servicio público con cargo a la financiación pública. Esta posibilidad les coloca en una situación de privilegio frente a la adquisición de dichos contenidos por parte de operadores que se rigen por criterios de mercado y, en última instancia, afecta al precio de adquisición final de los derechos, sea cual sea su comprador.

Dada la indefinición que el art. 40 permite en relación con los objetivos de servicio público, puede suceder que la adquisición de estos contenidos se justifique con arreglo a algún objetivo de esa naturaleza, posibilitándose que los operadores del servicio público audiovisual puedan recurrir a la financiación pública para sufragar dichas adquisiciones. En este caso, jugaría la limitación establecida en el art. 7 del art. 42, que establece: *“Los prestadores de los servicios públicos de comunicación audiovisual no podrán subcotizar los precios de su oferta comercial ni utilizar con regularidad la compensación pública para sobrepujar frente a competidores privados por derechos sobre contenidos de gran valor en el mercado audiovisual. A estos efectos, se deberán tener en cuenta los precios medios de los competidores, las cuotas de audiencia respectivas y la coherencia en la fijación de precios”.*

Pues bien, la imprecisión de esta disposición puede motivar que no se consiga ninguno de los dos objetivos perseguidos con ella, a saber: impedir que se aproveche la financiación pública para que estas entidades compitan deslealmente en la venta de contenidos, e impedir que se utilice dicha financiación pública para distorsionar la adquisición de contenidos de gran interés.

En particular, en relación con la adquisición de contenidos de gran interés, se considera preferible una previsión similar a la limitación presupuestaria de CRTVE establecida en su Proyecto de Ley de Financiación en relación con eventos deportivos (art.9.1.i), consistente en limitar al 10% del presupuesto anual de aprovisionamientos, compras y servicios exteriores el importe correspondiente a la adquisición de derechos de emisión de los eventos deportivos de gran interés, con exclusión de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos.

Disposición transitoria segunda. Derechos reconocidos y títulos otorgados antes de la entrada en vigor de esta Ley

En relación con la prórroga automática de las nuevas licencias derivadas de las vigentes concesiones de radio o televisión de ondas hertzianas terrestres de ámbito estatal, se realiza una consideración similar a la manifestada a propósito del art. 30.

III.3 OBSERVACIONES RELATIVAS AL PROYECTO DE LEY DE FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores relativas al APL objeto de informe, debido a la estrecha relación que el APL guarda con el contenido incluido en el Proyecto de Ley de Financiación de la CRTVE (PLFCRTVE), y a que ha sido este un proyecto sobre el que la CNC no tuvo ocasión de pronunciarse en su fase de Anteproyecto, este Consejo estima conveniente llamar la atención sobre determinadas cuestiones acerca del mismo.

Las principales consideraciones que cabe realizar desde el punto de vista de la competencia arrancan del alcance de la función de servicio público que subyace a la Corporación y que justifica un régimen de financiación como el previsto.

Así, la sustitución del régimen económico vigente por el futuro, en particular mediante la eliminación de la publicidad en la Corporación y la limitación de adquisición de contenidos *premium* al 10% de su presupuesto anual, debe articularse mediante un régimen que distorsione lo menos posible la competencia en el mercado.

Debe partirse de que la financiación de la Corporación, por acudir a la terminología del art. 86 del Tratado CE, puede implicar un componente de ayuda de Estado, que podría incluso ser considerada contraria a Derecho Comunitario de contener determinados elementos. En principio, la medida cumpliría con algunos de los requisitos para ser considerada ayuda de Estado (como el carácter público de los fondos comprometidos a la financiación de CRTVE, mediante la nueva figura tributaria de la llamada “aportación”). En todo caso, el elemento clave sería el alcance de la compensación por servicio público para el operador receptor de los fondos, y para ello debe estarse a la jurisprudencia *Altmark* de 2003 sobre Servicios de Interés Económico General². Tal jurisprudencia establece que la compensación por la prestación de estos servicios no constituye ayuda de Estado, sólo si se cumplen cuatro condiciones:

- El beneficiario debe tener claramente definida una misión de servicio público.
- Los parámetros del cálculo de la compensación deben estar establecidos con anterioridad a la provisión del servicio y ser fijados de una manera transparente y no discriminatoria.
- La compensación no puede exceder la diferencia entre el coste de operación del servicio y los ingresos derivados de dicha prestación (incluyendo un beneficio razonable).
- El beneficiario ha de ser elegido por un proceso de licitación pública que permita seleccionar al prestador de estos servicios originando el menor coste para la colectividad. De lo contrario, el nivel de compensación necesaria deberá calcularse sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa media bien gestionada y adecuadamente equipada, para satisfacer las exigencias de servicio público requeridas.

Igualmente, la reciente *Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión*, aprobada el 2 de julio de 2009, establece, en relación con estos servicios públicos, los elementos que tener en cuenta para su consideración como ayuda de Estado, así como, en tal caso, los principales

² Sentencia en el asunto C-280/00 *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* («Altmark»); Rec. 2003, p. I-7747.

elementos de análisis que utilizará la Comisión Europea para decidir su compatibilidad o incompatibilidad con el Tratado.

Pues bien, sería pertinente asegurarse de que el nuevo sistema cumple los criterios establecidos en esta reciente Comunicación, de cara a evaluar la procedencia de su notificación a la Comisión Europea, que ya se ha pronunciado sobre las implicaciones del anterior régimen de financiación de RTVE desde el punto de vista de las ayudas de Estado³.

De los elementos anteriormente establecidos, resulta particularmente procedente acotar el nivel de compensación adecuado, en atención a los costes derivados de la operación del servicio. En principio, el Proyecto establece una asimilación entre los ingresos actualmente percibidos por la Corporación y sus futuras necesidades económicas, a partir de la cual se establecen las distintas fuentes de financiación mencionadas en el Proyecto.

Otra cuestión relevante desde el punto de vista de la competencia se refiere a los operadores a los que se impone la obligación de asumir parte de la financiación de la Corporación, más concretamente a determinados operadores de telecomunicaciones y prestadores del servicio de televisión y a su diferente tratamiento.

El PLFCRTVE establece distintos porcentajes sobre los ingresos brutos anuales de explotación, dependiendo del tipo de operador: el 0,9% para operadores de telecomunicaciones –esto es, proveedores de servicios de telefonía fija, móvil y de acceso a Internet, siempre que su ámbito sobrepase el ámbito de una Comunidad Autónoma; y, para los operadores de televisión, el 3% a los operadores en abierto, y el 1,5% a los operadores de pago (siempre que su ámbito sobrepase el de una Comunidad Autónoma y no sean operadores de naturaleza pública, en cuyo caso están exentos).

A este respecto, si la razón que subyace a dicha imposición, tal como dispone la memoria justificativa y la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley en la versión llegada al Congreso de los Diputados, reside en que los beneficiados de esta decisión sean también quienes soporten, en parte, esa carga económica, se aprecia una cierta falta de justificación de cómo se reparte dicha carga entre los distintos operadores.

En relación con los operadores de telecomunicaciones resulta discutible que, con base en el “*[...] impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones que se deriva de la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual y, en*

³ Véase, a este respecto, los expedientes de la Comisión Europea E 8/2005 (ex NN 166/a/1995) – España, *Ayuda estatal en favor del Ente Público Español de Televisión (RTVE)*, y NN 8/2007 (ex N 840/2006) España, *Financiación de medidas de reducción de plantilla de RTVE*.

especial, por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, así como la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de la CRTVE”, tal como establece el art. 5 del PLFCRTVE, se pueda justificar dicha imposición, cuando el beneficio que los proveedores de estos servicios pueden derivar de la desaparición de la Corporación como operador significativo en los mencionados mercados es, cuando menos, difuso (ya que los beneficiados directos no son los proveedores de servicios de acceso a redes sino los proveedores de contenidos, que ven incrementado el valor de su espacio publicitario). Y ello mientras que al resto de oferentes de espacio publicitario (operadores de radio, prensa escrita, publicidad externa, publicidad online) se les exime de dicho gravamen.

Así, se considera que a diferencia del claro beneficio que reciben los prestadores del servicio de televisión, en el caso de los operadores de telecomunicaciones la justificación de este supuesto beneficio no está debidamente desarrollada ni en el articulado ni en la exposición de motivos ni en las memorias de acompañamiento del PLFCRTVE. Una conclusión similar puede hallarse en el informe de la CMT sobre este Proyecto de Ley recientemente publicado⁴.

Más allá de lo anterior, parece evidente la diferencia de trato que se establece entre los operadores (bien de telecomunicaciones, bien audiovisuales) de ámbito superior al de una Comunidad Autónoma y aquellos otros que operan en el ámbito de una Comunidad Autónoma, consistente en que los primeros tienen que sufragar la aportación y los segundos no. Esta diferencia de trato carece de justificación (puesto que el beneficio derivado del nuevo régimen de financiación de CRTVE existe también para ellas) e introduce distorsiones significativas en la competencia, ya que los operadores de ámbito autonómico o infraautonómico compiten con los operadores de ámbito territorial nacional, sin que se les imponga a ellos un gravamen que en todo caso es relativo al volumen de ingresos. Este argumento incluye a las televisiones públicas autonómicas cuyo régimen de financiación no excluya la publicidad (que, por el momento, son todas), las cuales tienen una cuota de audiencia nada desdeñable y resultan igualmente beneficiarias de la medida.

De hecho, si de lo que se trata es de no gravar en exceso a los operadores más pequeños para favorecer la entrada en el mercado y el desarrollo del negocio, se podría haber optado por un criterio diferenciador que resultase menos perturbador de la competencia tal como establecer algún mecanismo de progresividad con arreglo al volumen de ingresos de los operadores (eximiendo incluso de la aportación si no se supera un determinado umbral), solución por la que se ha optado en el ámbito de la financiación del servicio universal en telecomunicaciones.

⁴ Expediente RO 2009/747.