

Concentraciones mediáticas en España y pluralismo informativo: una búsqueda de los criterios *iusinformativos* de control de la Comisión Europea (1990-2004)

Dr. Julián Rodríguez Pardo

Universidad de Extremadura
jrodpar@alcazaba.unex.es

Resumen

Las abundantes concentraciones mediáticas sucedidas en los últimos diez años pueden examinarse desde una doble perspectiva: como hechos lícitos propios de mercados económicos liberales y, a la vez, como operaciones que, inevitablemente, juegan a favor o en contra del pluralismo informativo y, por tanto, de la formación de una opinión pública libre. Este artículo examina la cuestión desde esta segunda perspectiva, a partir de la búsqueda de los argumentos *iusinformativos* de control que la Comisión Europea ha esgrimido en relación con las concentraciones de medios, con dimensión comunitaria, ocurridas en España entre 1990 y 2004.

Palabras clave

Derecho a la información, pluralismo, concentraciones mediáticas, fusiones mediáticas, mercado mediático, España, Unión Europea, Comisión Europea.

Abstract

The often media mergers happened in the last ten years can be studied from a double point of view: first, as liberal markets phenomenos; second, but at the same time, as facts that increase or decrease information

pluralism and, so on, the conformation of a free public opinion. This article reviews the question from the second perspective, on the search for the freedom of information control arguments of the European Commission, in respect of Spanish media mergers between 1990 and 2004.

Keywords

Freedom of information, pluralism, media mergers, media concentration, media Markets, European Union, Spain, European Commission.

1. El pluralismo informativo como garantía democrática en los mercados mediáticos: aproximación a la legislación comunitaria

Desde 1980 diversos autores académicos, como Glasser (1984), Entman (1989), Carey (1994) o Blumler (1995),¹ han coincidido en señalar el fin del mito de la objetividad periodística, constatando desde la literatura académica que uno de los rasgos sagrados del trabajo y el discurso informativo ha pasado a ser una aspiración necesaria, pero no alcanzable; ni tan siquiera existente en estado puro.

Sustituída por términos más adecuados a la realidad profesional, como veracidad o neutralidad, su carácter idealista, incluso utópico, exige la búsqueda de fórmulas de trabajo que preserven el derecho del ciudadano a una información cierta y ecuánime, en cumplimiento de un trabajo que es *iusinformativamente* mucho más que un servicio a la sociedad. Sin embargo, cabe preguntarse si dichas fórmulas no incurren en los errores anteriores al hacer recaer, una vez más, el peso de esta garantía en el trabajo individual del profesional, dejando a un lado la formación de la capacidad crítica y selectiva del público, las presiones dentro del propio medio de comunicación, y la ordenación del propio mercado de los medios de comunicación, de la que directamente depende la oferta informativa.

Precisamente desde la perspectiva del Derecho de la Información se puede ofrecer una respuesta que parece más factible en pos de esa garantía: asumir las limitaciones profesionales/personales en la elaboración del discurso informativo –inevitablemente manchado por ciertas interferencias empresariales/comerciales–, y apostar, desde la fuerza

de los instrumentos legislativos, desde la regulación del mercado, por garantizar una libre y amplia capacidad de elección a la audiencia a través del llamado pluralismo informativo; porque, si bien es cierto que desde el ámbito jurídico –probablemente, tampoco desde ningún otro– no es posible delimitar los perfiles de nociones como objetividad, veracidad o neutralidad informativa, sí se halla entre sus competencias –responsabilidad directa de los poderes ejecutivo y legislativo– la configuración de los mercados de forma que no se incurra en monopolios u oligopolios que anulen la pluralidad empresarial y, en consecuencia, un aspecto aún más trascendente: el pluralismo informativo como rasgo indicador de la salud democrática de una sociedad².

Creo que hoy día no cabe discusión al respecto de esta relación directa y nítida entre propiedad de los medios-pluralismo informativo, aunque en general los gobiernos eviten referirse al último de los términos a la hora de abordar sus políticas mediáticas; pero, sin duda, es la citada propiedad empresarial la que determina la intensidad del pluralismo dentro de un mercado regido por un neoliberalismo prácticamente inalterable, en el que las “imperfecciones” de la libertad de mercado –monopolios, oligopolios, o falseamiento de la competencia–, revisten mayor gravedad de la aparente dado el carácter intrínsecamente intelectual –con todas las matizaciones de grado que a este término puedan hacerse– de los servicios ofertados por los medios de comunicación³.

Porque, aunque ha sido en los últimos años cuando la cuestión de las concentraciones mediáticas ha tenido una mayor repercusión –AOL/Time Warner, en 2000; Vivendi/Seagram/Canal+, en el mismo año; o News Corporation/Fox/DirectTV, en 2003, por citar algunos ejemplos–, la visión política de la necesidad de su reglamentación es anterior; en concreto, en el caso de la Unión Europea, se remonta oficialmente a 1992, con la publicación por parte de la Comisión del Libro Verde sobre *Pluralismo y concentración de medios en el mercado interior*⁴. En realidad, el Libro no ofrece ninguna respuesta a la cuestión, pero además de alertar sobre los riesgos que los excesos del libre mercado pueden conllevar en el sector de los medios de comunicación, posee la virtud de vincular los aspectos mercantiles de las concentraciones mediáticas con su repercusión directa sobre el pluralismo informativo.

En síntesis, y desde el punto de vista de las políticas de comunicación, el Libro Verde destaca por asumir de modo positivo la necesidad de establecer límites al principio básico comunitario de la libre prestación de estos servicios,⁵ entendiendo que el ejercicio de la libertad empresarial promovido por la Unión Europea (UE) necesita elementos de corrección por los riesgos monopolísticos que puede conllevar; sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la información, el alcance es aún mayor al corroborar que la creación de dichos monopolios puede cercenar la exigencia de la pluralidad informativa, al disminuir las opciones de elección para la consolidación de una opinión pública libremente informada.

Se trata, por tanto, de una cuestión importante, que va más allá de su perfil estrictamente económico, aunque su mención se convirtiera, antes y después de la publicación del Libro, en un “toma y daca” dentro de las instituciones comunitarias⁶.

Por su parte, el Consejo de Europa, institución ajena a la UE pero con indudables conexiones, publicó en 2002 un informe elaborado por su Sección de Medios de Comunicación, que bajo el título *Media diversity in Europe*, destacaba la complejidad del asunto con frases como ésta: “La libertad de información implica que los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a una variedad de información, básicamente diferentes opiniones e ideas”⁷.

La preocupación del Consejo se hizo notar con rotundidad al mostrar su preocupación por las restricciones informativas a los ciudadanos, conectando la existencia de legislaciones específicas en determinados mercados mediáticos con la salvaguarda de los derechos humanos y democráticos de las personas;⁸ es decir, el informe adoptó una posición similar a la que la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había manifestado con anterioridad en casos como *Jersild*, *Piermont*, *Bladet Tromso*, *Fressoz and Roire* o *Janowski*⁹.

Sin embargo, pese al interés demostrado en el tema, ningún intento legislativo comunitario ha cuajado; es más, tan sólo se conoce una propuesta, de 1996-1997, al respecto, tras la cual se abrió un “tiempo muerto” que se prolonga hasta la actualidad, debido, probablemente, a los desacuerdos hallados en el camino de elaboración de esa propuesta, así como a las presiones que los distintos *lobbies* comunitarios ejercen sobre las autoridades.

Respecto de la segunda causa, es prácticamente imposible aventurarse en su concreción por motivos evidentes, aunque sea de todos conocida la influencia de los distintos grupos de interés sobre el resultado final del trabajo de las instituciones comunitarias; sobre la primera, sí es posible conocer el contenido de ese borrador y las razones que condujeron a su paralización total.

Su fracaso se debió básicamente a dos motivos: por un lado, el giro que representaba en el modo de cuantificar las situaciones de concentración, que ya no se haría en función del accionariado de las empresas, sino de las cuotas de mercado alcanzadas por el medio; y por otro, nuevamente, el enfrentamiento entre quienes sostenían la importancia del enfoque democrático y pluralista del asunto, y quienes continuaban optando por una visión estrictamente económica, al entender que las competencias comunitarias se inscribían exclusivamente en este enfoque¹⁰.

La propuesta de Directiva sobre la propiedad de los medios de comunicación en el mercado interior, tal y como se conoció en julio de 1996, reconocía el derecho de una empresa a poseer acciones en uno o más operadores, cuya cuota de mercado conjunto en un sector específico –prensa, radio o televisión, por separado– no superase el 30% en la zona de emisión del medio; esta cifra se reduciría al 10% de la cuota de mercado, cuando el cómputo se realizase sobre el total del mercado de medios –prensa, radio y televisión conjuntamente–. De este modo, los cálculos de la propuesta estimaban que en un mercado mediático concreto –prensa, radio o televisión por separado–, un número de 4 operadores sería una representación suficiente de pluralismo, mientras que la cifra se elevaba a 10 operadores al referirse al mercado total de medios de un país¹¹.

El primer borrador no prosperó y las dos variaciones que se introdujeron en la primavera de 1997 supusieron más obstáculos para su aprobación definitiva: en primer lugar, porque se exigía un significativo cambio de nombre del texto, que pasaría de “Concentración y pluralismo” a “Propiedad de los medios” –obviando así la citada vertiente *iusinformativa* de la propiedad mediática–; en segundo lugar, porque se solicitó la inclusión de una “cláusula de flexibilidad” por la que los Estados miembros podrían redimir a un operador del cumplimiento de estos criterios en caso de que no superase los límites establecidos en otros Estados miembros y, a la vez, incoando otras medidas supletorias

que asegurasen el pluralismo –con lo que se daría una carta de libertad a los gobiernos nacionales para seguir decidiendo la configuración de sus mercados mediáticos respectivos–.

2. Criterios económicos de la UE para la concentración mediática: en defensa de los mercados de competencia

Ante esta situación de incomprensible indefinición legal para el sector de los medios de comunicación, frente a la legislación específica que sí existe en sectores como las telecomunicaciones y/o las comunicaciones electrónicas, los criterios de control de la Comisión Europea sobre las concentraciones mediáticas se basan *a priori* en la legislación genérica mercantil comunitaria, que por otro lado presenta algunas notas ciertamente paradójicas.

Así, este marco legal intenta conjugar las normas fundamentales sobre libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales –es decir, libertad empresarial en definitiva para la creación de mercados transnacionales–, con una serie de restricciones a esta libertad, en aras de la defensa de los consumidores y de la existencia de una competencia real en el mercado, que hasta el propio texto de la futura Constitución de la UE se encarga de ratificar¹².

Sin embargo, en realidad son los antiguos artículos 85 y 86 del Tratado fundacional de la CE, hoy renumerados como 81 y 82, los que delimitan las auténticas reglas de juego del mercado comunitario:

“Artículo 81.

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

“Artículo 82.

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para

prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”¹³.

La pregunta surge enseguida: ¿cómo se armoniza el contenido de estos dos artículos con la libertad empresarial?, ¿qué justifica el intervencionismo económico en este caso? Y, en caso de que éste sea lícito, ¿no habría entonces que corregir en los textos oficiales dicho principio liberal?

En el caso de los medios de comunicación, la apelación al pluralismo informativo, a la salvaguarda del derecho a la información de los ciudadanos, podría convertirse en un principio más que sólido para el ejercicio de dichas restricciones; por otro lado, la defensa de una competencia efectiva, asegurarse que el libre juego mercantil sea real, también parece loable, aunque inevitablemente posea consecuencias que la UE no está dispuesta a aceptar, quizá con razón y en según qué casos.

En general esta política restrictiva, iniciada en 1962,¹⁴ se ha apoyado en dos vértices: en primer lugar, como un ejercicio de búsqueda de la señalada competencia real en el mercado con objeto de beneficiar a los consumidores y usuarios de bienes y servicios; en segundo lugar, a partir del Tratado de Maastricht de 1997, otorgando la calificación de “interés económico general” o “interés general” a un grupo de servicios.

Esta calificación ha sido aplicada a determinados mercados sectoriales como la energía, el transporte o las telecomunicaciones, pero curiosamente no así al mercado de medios de comunicación, en el que también se inscriben, para mayor paradoja, los servicios públicos de televisión: ¿es que acaso las consecuencias informativas del comportamiento de este mercado no son de suficiente interés general?

Ante esto, y para afrontar el control de las posibles prácticas ilícitas en el mercado, la UE opta por definir como prácticas contrarias a la competencia dos situaciones que pueden originarse a partir del libre juego empresarial en el mercado: los abusos de posición dominante y las concentraciones.

La primera de ellas –la posición dominante en el mercado– se define

por su generación espontánea, no provocada intencionadamente, a partir del dinamismo de los agentes económicos y de la relación oferta-demanda, que desemboca en la creación de una situación monopolística u oligopolística en un mercado de referencia, en el que ya no existen posibilidades de una competencia efectiva; la segunda –el caso de las concentraciones– posee un cariz distinto al no conducir siempre a situaciones de monopolio u oligopolio, pero, en definitiva, hacer desaparecer las posibilidades de dicha competencia mediante acuerdos de fusión y/o adquisición empresarial¹⁵.

Sobre esta segunda situación, sobre las concentraciones, la UE se ha mostrado especialmente sensible, siendo consciente de las dificultades existentes para señalar, con suficientes garantías jurídicas, la existencia de una concentración *de facto*, por dos motivos básicos: las limitaciones que el propio principio de libertad empresarial impone –nuevamente, ¿cómo restringir los derechos de las empresas?–, y el hecho probado de que, en ocasiones, más que hallarse ante casos de falta de competencia, se asiste a una reducción de la misma, aunque no a su eliminación¹⁶.

En 2004 la Comisión publicó un nuevo Reglamento al respecto, con el fin de clarificar los criterios económicos de la UE para las concentraciones empresariales y su control. Los apartados 2 y 3 de su artículo 1 señalan:

“2. Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros, y
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros;

- b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;
- c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y
- d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro¹⁷.

Conviene, por tanto, no perder de vista que, aunque la labor de evaluación y control de la Comisión –y de los otros órganos jurisdiccionales– se circunscribe primordialmente a las concentraciones de carácter comunitario, es posible que existan casos nacionales en que, por la diversificación geográfica del negocio de cada empresa, se produzca una injerencia de la Comisión. De hecho, así ha sido en varias ocasiones, que han servido, junto con los casos transnacionales, para que el Ejecutivo comunitario haya sentado en los últimos diez años especialmente algunos criterios sobre concentraciones que, incluso a veces, pero de forma tímida, parecen trascender lo meramente económico hacia una perspectiva mucho más *iusinformativa*:

- El caso de Holland Media Group, participado por Endemol, Compagnie Luxembourgoise de Teledifusión (CLT), NV Verenigd Bezit (VNU), RTL 4 y Verónica Omroep contra la Comisión, en el que ésta emplea la situación de posición dominante de ENDEMOL en el mercado holandés de producción independiente –más del 50% en el mercado de productos televisivos– como uno de los criterios que desestiman la concentración supra nacional¹⁸.
- El caso de Televisión Par Satellite (TPS), M6 Television, Suez-Lyonnaise des Eaux, France Telecom y Television Française contra la Comisión y Canalsatellite, en el que las exclusividades de derechos del nuevo operador –TPS– sobre las emisiones de la televisiones generalistas francesas se convierte en el argumento desestimatorio¹⁹.

- O el caso Newspaper Publishing y Prisa contra la Comisión, en el que ésta reconoce que en las operaciones de concentración quedan afectados aspectos meta-económicos, tales como la pluralidad mediática y la libertad de información²⁰.

3. Las decisiones de la Comisión Europea sobre las concentraciones mediáticas en España

Precisamente fue en la evaluación de este último caso donde la Comisión Europea aludió, prácticamente por primera vez en una de sus Resoluciones y con cierta extensión, a la cuestión del pluralismo informativo y al cerco que para la libertad informativa podría implicar una concentración mediática; lo que no equivale a afirmar que antes no hubiese vinculado ambas perspectivas del asunto, puesto que en todos los exámenes comunitarios de estos procesos subyacen, más allá de lo económico, unas consecuencias innegables en este sentido; sin embargo, y de acuerdo con algunos de los debates internos de la Comisión, ya señalados anteriormente, parece claro que la UE tiende a basar sus argumentos explícitos de control en lo económico, evitando adentrarse en los aspectos *iusinformativos* que conllevan; lo que, sin embargo, no impide que, desde otras posiciones –profesional, académica, incluso política– puedan efectuarse lecturas paralelas sobre el particular.

Esta misma postura poco dada a la mención explícita del pluralismo informativo es la que se ha mantenido en los casos de concentración mediática que desde España han sido remitidos a Bruselas para su revisión; los que a continuación se repasan cumplen con los criterios económicos de los artículos 81 y 82 citados, para ser objeto de revisión por parte del legislativo comunitario.

No son muchos, tan sólo 6. Y de hecho, uno de ellos –el Asunto ONO-Hidrocantábrico-Retecal (2004)–,²¹ aún se halla en el proceso de alegaciones por parte de terceros a la hora de cerrar el texto de este artículo; sobre otro, –el Asunto Telefónica-Sogecable-Cablevisión (1996)–,²² la Comisión no llegó a pronunciarse puesto que las partes comunicaron en tiempo y forma su decisión de proceder a la desconcentración anunciada.

En los restantes, el grado de interés para este artículo, en cuanto a la

búsqueda de los citados argumentos *iusinformativos*, es más que relativo, confirmándose así la tendencia de la UE a dejar de lado la lectura ideológico-informativa del mercado de los medios de comunicación.

Uno de los principales argumentos, y sobre todo el más recurrido en las resoluciones de la Comisión, se corresponde con el examen de las cuotas de mercado que poseen las partes implicadas, al igual que con respecto a los competidores presentes y futuros: tanto en el asunto Cable I Televisión de Catalunya (CTC),²³ como en el asunto Telefónica-Endemol,²⁴ la Comisión utiliza dicho argumento para dar luz verde a ambos procesos de concentración, con la peculiaridad de que en el primero de los casos se produjeron dos procesos simultáneos de concentración sobre la misma empresa.

Pero, además, en el asunto Cable I Televisión de Catalunya, la Comisión estudia la posibilidad de que se trate de una operación tendente a lograr, de forma encubierta, una coordinación de actuación entre las empresas matrices, extremo que se descarta al considerar que éstas no son competidoras entre sí en ninguno de los mercados afectados; por otro lado, y en cuanto a la posible influencia de CTC en los mercados relevantes afectados, la Comisión entiende que la operación da lugar a la entrada de un significativo competidor en el mercado de las redes de cable, pero que, sin embargo, este hecho queda compensado por la circunstancia de la existencia en dicho mercado de otras posiciones sí claramente monopolísticas, es decir, Telefónica, basándose en los siguientes datos: que la ex-operadora pública de telefonía fija posee más del 70% de la cuota del mercado de alquiler de redes de banda ancha, más del 50% de la cuota de mercado de servicios de valor añadido a través de red, y más de un 90% en el mercado de telefonía fija; y que, en cuanto al mercado de servicios por cable, CTC sólo había iniciado en el momento de la concentración pruebas piloto en Barcelona, llegando además, tan sólo, a menos de 1.000 abonados de televisión de pago.

Estos argumentos serán hasta cierto punto similares en el caso Telefónica-Endemol, aunque en esta ocasión la Comisión se centra en el estudio de dos mercados relevantes: el de la producción de programas de televisión y el de los derechos exclusivos sobre emisiones deportivas.

En cuanto al primer mercado relevante, la Comisión entiende que la producción de contenidos de Telefónica, a través de Antena 3 TV, se

utiliza básicamente como recurso emitido en la cadena y no vendido a terceras partes habitualmente; y, por otro lado, las audiencias de Antena 3, en los países en los que Endemol realiza sus operaciones, al margen de España, son insignificantes²⁵.

Por otro lado, en cuanto al mercado de derechos de emisión –fútbol y películas, básicamente–, la operación no pondría a Telefónica en una situación de posición dominante puesto que la cartera de derechos de ésta es inferior a la de Sogecable, que mantiene una posición de claro liderazgo. Y en todo caso, Endemol no participa en la compra/venta de derechos de fútbol y cine.

Pero, y sin duda pienso que merecen un estudio más detenido en este artículo, sí hay dos casos españoles de especial trascendencia, por su impacto público y por la realización de un análisis más exhaustivo de los mismos, éstos son los asuntos Recoletos/Unedisa²⁶ y Canalsatélite-Vía Digital²⁷

Si bien en el segundo de ellos la Comisión utiliza de nuevo como únicos parámetros evaluadores las cuotas de mercado, aunque en este caso para ofrecer una solución opuesta a los asuntos antes citados, en el primero se realiza una interesantísima disección del mercado de prensa y, sobre todo, se le otorga a los productos informativos en soporte papel una consideración bien distinta a la radio y la televisión, desde una perspectiva mucho más *iusinformativa*.

En lo que respecta a la resolución del conocido asunto Sogecable-Canalsatélite Digital-Vía Digital, cabe destacar la peculiar paradoja que se produce cuando, pese a que la Comisión reconoce indicios para la clara consolidación de una posición dominante en el mercado, al remitirse el caso a las autoridades españolas, éstas dan su visto bueno al proceso, aunque bajo el cumplimiento de una serie de condiciones²⁸.

La Comisión examina los posibles efectos de la operación sobre distintos mercados, centrandó su argumentación en la cuota de mercado televisivo y en la adquisición de derechos exclusivos sobre fútbol y cine.

Respecto al mercado de la televisión de pago, la cuota de Sogecable se corresponde con un 55 al 65% por número de suscripciones, y con un porcentaje similar en cuanto al volumen de ventas; Vía Digital constituye el segundo operador, con una cuota del 15 al 25% del mercado, y del mismo porcentaje por ventas. Pero, con la desaparición de la plataforma

Quiero, por cada demarcación territorial geográfica, Sogecable concentraría una cuota de mercado de entre el 75 y el 85%, y un volumen de ventas superior al 90%, en caso de producirse la concentración.

“Así pues la operación amenaza con reforzar una posición dominante, de la que resultaría que la competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en el mercado español de la televisión de pago. Este refuerzo (...) se debe principalmente a los siguientes factores: las cuotas de mercado de las partes, el hecho que supone la unión (...) en un mercado afectado por fuertes barreras de entrada debido principalmente a las dificultades para el acceso a los contenidos y a la posición de fuerza de Sogecable a la hora de negociar la compra de contenidos exclusivos”,²⁹ tal y como señala de modo genérico la Comisión.

En relación con los derechos sobre películas de éxito, Sogecable posee derechos exclusivos, para primera y segunda venta con productoras-distribuidoras tan importantes como Fox, Paramount, Sony-Columbia, Universal, Warner, Disney-Bellavista y Dreamworks –sin precisarse en la resolución la fecha de finalización del contrato en exclusiva–, y otros derechos sobre la mayoría de las películas de éxito; en concreto, de las películas americanas estrenadas en 2001, Sogecable posee derechos exclusivos sobre una cifra de entre un 90 y un 100%, aunque, en cuanto a las películas españolas, los derechos se hayan repartido de forma más equitativa entre ambas plataformas: Sogecable, 40-55% y Vía Digital, 45-60%.

Sin embargo, para la Comisión, el control de la operación no remite tan sólo a las cifras presentes, sino también a la necesidad de hacer proyecciones de futuro, puesto que, con la fusión, se incrementaría el poder de compra de Sogecable para futuros contratos, a lo que habría que sumar el hecho constatado de que la empresa posee vínculos con dos de las *majors* –Universal, perteneciente al grupo Vivendi, y Warner, que posee el 10% de la propia plataforma–; por otro lado, además, Sogecable tiene constituidas con Fox y Turner sendas empresas en común.

Pero la situación de dominio de Sogecable no se define únicamente a partir de su cartera de derechos sobre el cine; en el caso de la televisión de pago, los derechos sobre retransmisiones deportivas también son considerados por la Comisión como productos “críticos” cara a obtener un incremento de suscripciones.

Sogecable posee entre el 30 y el 45% de los derechos de la Liga española de fútbol y de la Copa, mientras que Telefónica detenta entre el 35 y el 45% de los derechos para la temporada 2001-02; al margen de ellos, la catalana TV3 posee sólo entre el 0 y el 10%, y Audiovisual Sport (AVS), entre el 10 y el 20%.

Con la desaparición de Vía Digital, AVS retendría las cláusulas de tanteo y retracto con más del 45-55% de los clubes, lo que podría incrementar la cuota de Sogecable en un 20-35%, a lo que habría que sumar el hecho de que, mediante el aumento de su base de abonados, se reforzaría su posición de fuerza compradora.

Como consecuencia de todo ello, la Comisión concluye que “la operación amenaza con crear o reforzar una posición de dominio únicamente en mercados de dimensión nacional en el interior del Reino de España”, por lo que remite el caso a las autoridades españolas que, finalmente, darían luz verde a la fusión³⁰.

Sin embargo, una vez más, la Comisión evita referirse a lo largo de su resolución a las cuestiones ideológicas que subyacen detrás de esta concentración, al convertirse Sogecable en el operador líder de la televisión de pago, además de incluir entre sus canales temáticos el noticioso CNN+. No se trata, quizá, de una falta inexcusable, sino tan sólo de un continuismo en la línea de trabajo de la UE, que dejan constantemente el sector televisivo al margen de cualquier alusión relacionada con la difusión informativa.

Por ello, y como ya he indicado, resultan mucho más llamativos los argumentos de la Comisión en el asunto Recoletos-Unedisa;³¹ porque, si bien es cierto que exclusivamente se trata de productos informativos en estado puro, no lo es menos que la influencia de la televisión sobre la opinión pública, y por tanto, sobre su conformación, resulta indiscutible.

Al respecto, la autorización a la concentración pasó por los siguientes razonamientos:

- Que las actividades de Recoletos y Unedisa en el ámbito del mercado de revistas son relativamente pequeñas: en 1997, la cuota de mercado que poseyeron fue de menos de un 1%.
- Que, en cuanto a sus actividades en el sector de prensa diaria, *El Mundo*, *Marca* y *Expansión* –que pertenecerían al nuevo accionariado– venden unos 800.000 diarios, sobre un total de casi 4.000.000 en España, lo que representa el 20% aproximado del

mercado. Esto les situaría como los líderes del mercado, pero no afectaría sustancialmente a la posición de otras empresas, como Prisa, que mantendría su 15% y Correo, con un 12%.

- Que, en cuanto a la venta de espacios publicitarios, Recoletos y Unedisa facturan al año 19.000 millones de pesetas en publicidad, mientras que el total del volumen del mercado español es de 200.000 millones; es decir, facturan sólo el 9,5% del total aproximadamente.
- Que, en cuanto a los otros beneficios de la unión que pudieran derivarse para sus cabeceras, la operación no supone ninguna gran ventaja en comparación con la situación que ya vive Prisa, que publica *El País*, *As y Cinco Días* –tres diarios con temáticas similares a *El Mundo*, *Marca* y *Expansión*, respectivamente–
- Que, por otro lado, existen en España más de 30.000 puntos de venta de prensa, por lo que las supuestas barreras que tendrían nuevas cabeceras para penetrar en el mercado no serían aparentemente grandes, máxime si se tiene en cuenta que todos los grupos editoriales utilizan distintas distribuidoras para ofrecer sus productos y ofertarse en dichos establecimientos.

Pero todas estas consideraciones, tan marcadamente económicas, surgen dentro de un marco general que la Comisión perfila, y en el que se hace una reflexión clara sobre los productos informativos que ofrecen los distintos medios de comunicación. Dicha reflexión merece, por ajena al habitual estilo de la Comisión, ser destacada:

“La prensa escrita debería diferenciarse de los productos de otros medios. Aun dedicándose todos al suministro de información al consumidor, no pueden ser considerados como productos intercambiables. De hecho, la radio y la televisión ofrecen una cobertura más instantánea de las noticias, pero no alcanzan la profundidad y nivel de la información escrita”³².

4. Conclusiones

A través de las resoluciones comunitarias de los procesos de concentración mediática en España, se constata que la Comisión Europea

realiza lecturas ciertas, coherentes, pero parciales –en el sentido estricto del término– de asuntos en los que las cifras no son más que la faz numérica de unas empresas que, indefectiblemente, poseen una capacidad determinante en la formación de la opinión pública, a la que contribuyen mediante sus productos informativos.

Si bien, desde el punto de vista estricto del Derecho Comunitario, las interpretaciones numéricas de la Comisión han resultado lógicas y adecuadas, –al incluir entre sus herramientas de control no sólo el volumen de facturación de las empresas, o su cuota de mercado, sino también el discernimiento entre los distintos sectores que conforman cada mercado, o el estudio objetivo de las posiciones de la competencia–, no es menos cierto que se echa en falta la necesaria referencia a las consecuencias *iusinformativas* de estos procesos.

La única alusión clara a la trascendencia democrático-informativa de las actividades de los medios de comunicación queda relegada al sector prensa que, a través del caso Recoletos-Unedisa, la Comisión califica de “productos no intercambiables”, en una muy posible alusión a la posición ideológica que toda información encierra; esta postura, en cambio, no es trasladada al ámbito del sector televisivo cuya labor informativa es, sin duda, menor, pero de mucha mayor influencia.

Notas

- 1 Citados por CANEL, M. J. (1997): “La objetividad periodística en campaña electoral: las actitudes profesionales de los periodistas de TVE1 y Antena 3 en las elecciones de 1996”. ZER, 2, mayo, en <http://www.ehu.es/zer/>.
- 2 La Sentencia 6/1988 del Tribunal Constitucional español indicó a este respecto: “(...) Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de la opinión”.

Cfr. AZURMENDI, A. (2001): *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*, Pamplona, Eunsa, p. 80.

- 3 Según GONZÁLEZ BALLESTEROS, T.: “Lo fundamental sería concretar qué es lo que ha de primar en eso que llamamos empresas de comunicación o grupos multimedia. Si el fin que prevalece es una mejor información, es decir, un mejor servicio a la sociedad, pueden alejarse los miedos, porque los (grupos) multimedia tienen más posibilidades técnicas de ofrecernos un correcto mensaje. Si, por el contrario, la empresa de comunicación queda reducida a ser una empresa de lucro mercantil a expensas de la cuenta de resultados contables (...), lo cierto es que deberá rechazarse la concentración”.

Cfr. VELÁZQUEZ-GAZTELU, C. (1994): *Apuntes de la sociedad interactiva. Autopistas inteligentes y negocios multimedia*, Madrid, Fundesco, pp. 325-326.

- 4 Vid. COMISIÓN EUROPEA (1992): *Libro Verde sobre Pluralismo y concentración de medios en el mercado interior. Valoración de la necesidad de una acción comunitaria*, Bruselas, COM (92) 480.

Aunque se trata del primer documento oficial de la Comisión en el que se aborda directamente la cuestión de las concentraciones mediáticas, la primera llamada de atención se produjo en 1984, cuando el Parlamento Europeo, a raíz de los trabajos preparatorios de la Directiva de Televisión sin Fronteras, mostró su preocupación por el tema, situándolo en una perspectiva no estrictamente mercantil, sino como una cuestión de valores democráticos, libertad de expresión y representación del pluralismo. Finalmente, no obstante, la Directiva, de 1989, obviaría el tema.

Cfr. HARCOURT, A. (2004): “The European Commission and the regulation of the media industry”, publicado en la página del Media Law & Policy Institute de Moscow, en <http://www.medialaw.ru>.

- 5 Las emisiones televisivas fueron consideradas por primera vez como servicio por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de 18 de marzo de 1980, sobre el caso Coditel S.A. contra Cine Vog Films y otros.
- 6 El Libro Verde de 1992 hace especial hincapié en la perspectiva económica del asunto, de acuerdo con lo que se entiende que son las competencias de la UE; el Seguimiento de dicho Libro, publicado en octubre de 1994, tras una ronda de consultas, reiteró este

enfoque como el primordial, al hallarse sometidas a debate interno las competencias legislativas de la UE en asuntos de corte ideológico-democrático.

Cfr. HARCOURT, A. *Ibidem*.

Sobre el Seguimiento del Libro, véase: EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the follow-up to the consultation process relating to the Green Paper on 'Pluralism and media concentration in the internal market - an assessment of the need for Community action': COM(94) 353.

7 Cfr. COUNCIL OF EUROPE (2002): *Media diversity in Europe*, Strasbourg, p. 7.

8 *Ibidem*, p. 9.

9 Casos citados en el mismo Informe.

Referencias de las sentencias, respectivamente: A298, con sentencia de 23 de septiembre de 1994; A314, con sentencia de 27 de abril de 1995; 21980/93, con sentencia de 20 de mayo de 1999; 29183/95, con sentencia de 20 de enero de 1999; 25716/94, con sentencia de 21 de enero de 1999.

Consultar en *European Court of Human Rights*, página web: <http://www.echr.coe.int>.

10 El comisario Mario Monti remitió el 24 de julio de 1996 un borrador de directiva al resto de comisarios, cuyos comentarios y críticas sirvieron para una posterior revisión en el mes de septiembre; sin embargo, en las reuniones mantenidas durante ese mes, fue el comisario español Marcelino Oreja quien opuso mayores reservas al texto en lo tocante a las referencias de la directiva al pluralismo informativo. Dichas reservas –señala Alison HARCOURT– podrían entenderse como una estrategia política, ligada a la inminente revisión de la Directiva de Televisión sin Fronteras (1997), así al obligatorio proceso –desde el Tratado de Maastricht– de co-decisión para la aprobación de la misma.

Entre diciembre de 1996 y febrero de 1997 la propuesta fue nuevamente discutida por el Colegio de Comisarios, entre los que Oreja y Martin Bangemann dieron finalmente su apoyo en el mes de marzo. Sin embargo, esta vez serían los comisarios Brittan, Papoutsis y Santers los que mostraran su oposición, por distintos motivos

—de situación interna del mercado mediático en Grecia, o de presión mediática en otros—. Pese a que Mario Monti contaba con una mayoría suficiente de votos, decidió retirar la propuesta de modo indefinido.

Cfr. HARCOURT, A.: op. cit.

- 11 Cfr. DOYLE, G. (1997): “From pluralism to ownership: Europe’s emergent policy on media concentration navigates the doldrums”. *The Journal of Information, Law and Technology*, 3, en http://elj.warwick.ac.uk/jilt/issue/1997_3/default.htm.
- 12 Artículo 3, apartado 2, de la parte I del Título I: “La Unión brindará a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras internas, y un mercado interior donde la competencia será libre y sin distorsiones”.
- 13 Versión consolidada del Tratado constitutivo de la UE, tras la cumbre de Niza, publicado en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n° C 235, de 24 de diciembre de 2002.
- 14 El 17 de febrero de 1962 el Consejo de la entonces CE publicó un Reglamento en el que otorgaba a la Comisión funciones de control sobre la competencia, convirtiéndola en el órgano aprobador o desestimador de los acuerdos empresariales que pudieran suponer un detrimento de la competencia efectiva en un mercado concreto, y que hoy día se ha tornado en un sistema de excepción legal a posteriori, que otorga también este mismo papel a los otros órganos jurisdiccionales de la UE.

Cfr. Reglamento (CEE) n° 17 del Consejo: primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (actuales artículos 81 y 82), en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* n° 13, de 21 de febrero de 1962. Este Reglamento ha sido modificado posteriormente por los siguientes actos jurídicos: Reglamento n° 59 (CEE) del Consejo, de 3 de julio de 1962, en el *Diario oficial de las Comunidades Europeas* n° 58, de 10 de julio de 1962; Reglamento n° 118/63 (CEE) del Consejo, de 5 de noviembre de 1963, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* n° 162, de 7 de julio de 1963; Reglamento n° 2822/71 (CE) del Consejo, de 20 de diciembre de 1971, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 285 de 29 de diciembre de 1971; Reglamento n° 1216/1999 del Consejo, de 10 de junio de 1999, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 148 de 15 de junio de 1999.

- 15 Siguiendo los dos artículos citados, 81 y 82 del Tratado fundacional de la UE, hay que referirse también a situaciones que falsean la competencia en el mercado, aunque no la eliminan por completo:
 - Los acuerdos: que se realizan entre empresas con el fin de disminuir la competencia entre las partes, mediante acciones como el reparto de un determinado mercado geográfico, la fijación de precios mínimos/máximos para un bien o servicio, o la limitación de las producciones.
 - Las prácticas concertadas: que suelen consistir en el intercambio de información entre empresas que compiten en un mismo mercado, de tal modo que se posibilite una respuesta a las acciones del competidor, aunque, obviamente, no se certifiquen por medio de pactos escritos.
- 16 De hecho, la Comisión se planteó en 2001 la necesidad de aplicar en el ámbito de la UE, como argumento limitador de la libertad empresarial, esta noción frente a la de abuso de posición dominante. Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo, COM (2001) 745 final, de 11 de diciembre de 2001, pp. 6 y 9.
- 17 Vid. Reglamento (CE) n° 139/2004, de 20 de enero de 2004, en Diario Oficial de la Unión Europea, de 29 de enero de 2004. Sobre la normativa anterior, véanse los documentos citados en la nota 14, así como el Reglamento (CE) n° 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 1, de 4 de enero de 2003.
- 18 Véase la posición de la Comisión en Caso T-221/95, con sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 1999.
- 19 Véase la argumentación de la Comisión en Asunto T-112/99, con sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2001.
- 20 Decisión de la Comisión IV/M.423, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 22 de febrero de 1994.
- 21 El 9 de febrero de 2004 se comunica a la Comisión el propósito de ONO e Hidrocantábrico de adquirir Retecal. La Comisión entiende que esta operación podría encuadrarse dentro del Reglamento de 1989 y por eso invita a las terceras partes a presentar sus observaciones. Caso COMP/M.3364, en Diario Oficial, 2004/C 41/07
- 22 Las partes notifican el 7 de noviembre de 1996 a la Comisión un

acuerdo de desconcentración. El acuerdo se produce pocos días antes del 26 de noviembre, fecha en la que la Comisión debía pronunciarse sobre la incompatibilidad de la operación con el artículo 8 del Reglamento de 1989 sobre concentraciones.

Competencia 15/24, en Boletín UE de noviembre de 1996.

- 23 Asuntos IV/M.1022, con fecha de 28 de enero de 1998, la primera resolución; y IV/M.1091, con la misma fecha, la segunda.

Con fecha de 11 de noviembre de 1997 se notifica a la Comisión una concentración por la que STET International Netherlands –perteneiente a Telecom Italia–, Grupo Eléctrico de Telecomunicaciones y Redes de Energía –perteneientes al Grupo Endesa–, Invercatalunya Cable –perteneiente a Caixacataluña– y Gas Natural, adquieren el control de Cable I Televisió de Catalunya. Este proceso es suspendido por la Comisión el 11 de diciembre de 1997 debido a otra concentración por la que Cableuropa y Spaincom adquieren también control sobre CTC.

El resultado de ambas concentraciones dejaría la siguiente composición accionarial: Cableuropa, 20%; Gas Natural, 10%; GET, 15%; Invercatalunya Cable, 10%; Multimedia Cable, 7,5%; Redesa, 5%; Spaincom, 12,5%; SIN, 12,5% y Tisa Cable, 7,5%.

- 24 COMP/M.1943, con Resolución de 11 de julio de 2000.

El asunto Telefónica-Endemol se notifica el 6 de junio de 2000 a la Comisión. Telefónica pasa a adquirir el control total de la compañía holandesa Endemol Entertainment Holding, ofreciendo como contraprestación acciones de Telefónica.

La concentración podría poseer amplias consecuencias en el mercado de productos televisivos, por cuanto Endemol es una de las principales productoras independientes de programas de televisión, y Telefónica posee una división de medios –Admira–, que controla Antena 3 TV, por lo que la sinergia producción de contenidos-difusión televisiva podría perjudicar no sólo a otras compañías productoras independientes, actuales proveedoras de Antena 3 TV, sino también a otras compañías televisivas en general.

- 25 En concreto, las ventas de programas de Telefónica en el mercado español son del 0,1%, –similares también a las que realiza en el mercado alemán–; la media de venta de Endemol en el mercado comunitario es del 15%, con excepción de Holanda, donde alcanza entre

el 50 y el 60%, España –entre el 15 y el 25%–, y Portugal –entre el 10 y el 20%– (referido en los tres casos a los operadores de televisión en abierto, puesto que en el mercado de la televisión de pago las ventas de Endemol no superan el 1% de su negocio total).

Así, para la Comisión, el porcentaje de venta de producciones independientes por parte de Endemol –entre el 15 y el 25% del total del mercado–, no presenta problemas de competencia dado el amplio número de operadores de televisión y telecomunicaciones existentes; es más, las cifras muestran que otras productoras, como Globomedia, alcanzan ente el 10 y el 15% de ventas, y otras ocupan entre el 5 y el 10%, como Europroducciones, Producciones 52, Boca a Boca.

26 Caso IV/M.1401, con Resolución de 1 de febrero de 1999.

27 COMP/M.2845, con Resolución de 14 de agosto de 2002.

La notificación fue remitida el 3 de julio de 2002 a la Comisión, y en ella se especificaba que Sogecable –controlada por Prisa y Groupe Canal+, que pertenece a Vivendi–, suscribiría con Admira –división mediática de Telefónica–, un acuerdo para integrar Sogecable y Distribuidora de Televisión Digital a través de un intercambio de acciones, que desembocará en el control conjunto de Prisa y Groupe Canal+ sobre la empresa.

Las autoridades españolas reciben copia de la notificación el 8 de julio de 2002. Ese mismo mes el Ministerio de Economía de España envía una solicitud de remisión a la Comisión Europea alegando que la operación amenaza con crear o reforzar una posición dominante en el mercado de la televisión de pago y, secundariamente, en los mercados de derechos de retransmisión y otros.

28 El Consejo de Ministros de España aprueba la concentración el 16 de agosto de 2002, pero impone 34 condiciones para su ejecución; ese mismo mes, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se opone en su informe a dicha operación; finalmente, Defensa de la Competencia da el visto bueno en noviembre de 2002, aunque bajo el mandato de cumplir 10 condiciones, especialmente referidas a la compra de derechos exclusivos de emisión sobre el fútbol, su derecho de retracto y de tanteo.

29 COMP/M.2845, con Resolución del 14 de agosto de 2002.

30 *Ibidem*.

31 La Comisión recibe una notificación el 18 de diciembre de 1998 por

la cual el grupo editorial Recoletos, controlado por Pearson, toma control de Unidad Editorial –Unedisa–, lo que supondrá un cambio en el accionariado de la empresa, que hasta entonces era: Rizzoli, 45%; los promotores, 26%; y otros, 29%.

Recoletos adquiere entre un 20 y un 30% del capital, a determinar por los promotores de Unedisa; y a la vez, Rizzoli y Recoletos acuerdan desarrollar estrategias para inversión y proyectos en España, Portugal y Latinoamérica, a través de una *joint-venture*, que estará participada al 50%.

Mediante la compra de Recoletos, este grupo, los promotores de Unedisa –Pedro J. Ramírez, entre otros– y Rizzoli pasarán a tener capacidad de bloquear las decisiones del Consejo de Administración relacionadas con: las cuentas generales, los planes estratégicos a medio plazo, y ciertas posibles decisiones que no tengan que ver con los negocios habituales de la empresa.

32 *Ibíd.*