

FUNDAMENTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TELEVISIÓN Y DE LA RADIO PRIVADAS

MIGUEL SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO SOCIETARIO DE LAS OPERADORAS PRIVADAS EN EL MODELO DEL SERVICIO PÚBLICO.—III. LA REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS MULTICANAL DE TELEVISIÓN DE PAGO.—IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA ESTRATEGIA DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES EN EL ESCENARIO DE LA CONVERGENCIA CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.—V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES SOBRE LOS CONTENIDOS DEPORTIVOS.—VI. LA TRANSICIÓN A LA TDT—VII. OBSERVACIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RADIO.—VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

El artículo se refiere al proceso de institucionalización de la televisión y la radio privadas, previo a la Ley General de Comunicación Audiovisual. Analiza la legislación y su contexto económico, y destaca los aspectos de la regulación y de su conflictiva aplicación que han tenido consecuencias negativas para la competencia o el pluralismo informativo. Critica la falta de un modelo global para la ordenación de estos sectores, las deficiencias del régimen jurídico de las sociedades concesionarias, los diversos intentos de ampliar la oferta televisiva, a veces mediante empresas públicas o recién privatizadas, las normas aprobadas para aventajarlas, y otros aspectos importantes como son la legislación sobre los derechos audiovisuales de carácter deportivo y el proceso de transición a la televisión digital terrestre.

Palabras clave: televisión; radio; servicio público; libre competencia; pluralismo informativo.

ABSTRACT

This article refers to the institutionalization process of the privately owned televisions and radios, prior to the «Ley General de Comunicación Audiovisual». It analyzes the laws and their economic context and it outlines certain aspects of the regulation and of the conflictive enforcement thereof that have been detrimental for the free competition or for the pluralism of the media. Specific criticisms are addressed to such issues as: the lack of a general regulatory model for these sectors, the shortcomings of the legal status of the licensee companies, the failed attempts to enlarge the television supply, sometimes carried out by publicly owned or recently privatized companies, the rules enacted in their advantage, and other important matters, such as the law concerning the sports broadcasting rights and the transition process to the digital terrestrial television.

Key words: television; radio; public service; free competition; media pluralism.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo no pretende hacer un examen sistemático, ni siquiera cronológico, de la evolución de la legislación sobre la televisión y la radio privadas antes de la aprobación de la Ley General de Comunicación Audiovisual de 31 de marzo de 2010 (LGCA). Su propósito es bastante más modesto: pretende destacar algunos aspectos principales de esa legislación e intenta poner de manifiesto sus consecuencias para la competencia o el pluralismo informativo en estos sectores.

Por otra parte, se ha prestado atención no sólo a las normas, sino también a su interrelación con las circunstancias económicas, las iniciativas empresariales y los cambios tecnológicos, factores que en definitiva determinan el proceso de institucionalización de los mercados.

Y, a este respecto, se ha interpretado que en el proceso de institucionalización de la televisión y de la radio privadas ha habido tres etapas principales:

- Una etapa fundacional, que corresponde al período de gobierno de la UCD, en la que se reservó al Estado esta actividad como servicio público esencial, y que comprende también al primer ciclo gubernamental socialista, en el curso del cual se abrió la puerta a la televisión privada y se dio una primera regulación de las plataformas multicanal.
- Una etapa de rectificaciones del modelo inicial, durante el período gubernamental del Partido Popular; rectificaciones que afectaron sobre todo al régimen societario de las televisiones privadas y a la regulación de las plataformas multicanal y a la entrada de los operadores de telecomunicaciones en el mercado de la televisión.
- Finalmente, una etapa de refundación del sistema, durante la segunda experiencia de gobierno socialista, que se inició en 2004. En el transcurso de esta etapa se ha redefinido el régimen de la televisión pública de titularidad estatal, se ha ampliado la oferta de televisión en abierto y se ha llevado a cabo la transición a la TDT.

Sin embargo, se ha preferido exponer este estudio con un orden analítico (por grandes temas) más que diacrónico (atendiendo a las etapas mencionadas).

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO SOCIETARIO DE LAS OPERADORAS PRIVADAS EN EL MODELO DEL SERVICIO PÚBLICO

La piedra fundacional del ordenamiento legal español sobre la televisión se estableció mediante la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y la Televisión, que no puede considerarse favorable a la libertad de empresa y a la libertad de información, por cuanto trataba a la radio y la televisión como servicios públicos esenciales de titularidad estatal (artículo primero), cuya gestión directa se atribuía al Ente Público RTVE, sin perjuicio de que se admitiera la gestión indirecta de los servicios de radio por parte de sociedades privadas, como ya venía ocurriendo en nuestro ordenamiento (disposición adicional)¹.

El estatismo de este planteamiento fue llevado hasta su consecuencia extrema por el Tribunal Constitucional mediante la STC 12/1982, que desestimó un recurso presentado por la sociedad Antena 3 que solicitaba amparo para su iniciativa de poner en marcha una televisión. La argumentación de esa sentencia no sólo avalaba la configuración de la televisión como servicio público (aunque advirtiera que ésta no era la única solución posible desde el punto de vista constitucional), sino que además negaba que la libertad de información del artículo 20 de la Constitución comprendiera el derecho a crear empresas de televisión. En consecuencia, la televisión privada fue considerada por el alto intérprete de la Constitución como una opción que el legislador libremente podría o no elegir en el futuro. Frente a esta tesis tan restrictiva hay que destacar la importancia del voto particular discrepante del Magistrado Rubio Llorente².

¹ Véase al respecto Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, especialmente págs. 93 a 108, y también Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982.

² «La Constitución, al consagrar el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a) y a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (art. 20.1.d), consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades. En lo que toca a la libertad, la Constitución no es el simple encabezamiento de una hoja en blanco en la que el legislador pueda, a su arbitrio, escribir indistintamente la afirmación o la negación. El legislador no es, seguramente, como tantas veces se ha repetido, mero ejecutor de la Constitución. Puede regular de distinta manera —sin infringir el límite que marca el art. 53.1 de la Constitución— el contenido concreto de los derechos garantizados e, incluso, dentro de ciertos márgenes de difícil precisión a priori, resolver acerca de cuál sea el momento oportuno para establecer las normas organizativas necesarias para el ejercicio de algunos derechos fundamentales que, sin ser derechos de prestación, no son tampoco simplemente derechos reaccionales y no pueden ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que no puede hacer el legislador es negarlos, porque no depende de él su existencia, aunque se le haya dejado su configuración o, lo que equivale a lo mismo, ignorarlos, dictando normas reguladoras de una actividad que implica

Con estos antecedentes, no puede sorprender que el Gobierno de Felipe González cumpliera su compromiso electoral de abrir la puerta a las televisiones privadas, mediante la Ley 10/1988, adoptando un enfoque bastante cauteloso: considerarlas como gestoras indirectas del servicio público esencial y limitar a tres el número de concesionarias. Éstas debían ser seleccionadas por el propio Gobierno, mediante un concurso público. De este modo, se incluyó la televisión privada en el ámbito del servicio público y el Tribunal Constitucional confirmó la validez de este planteamiento, cuando resolvió en 1994 varios recursos de inconstitucionalidad contra la nueva Ley³. Pero la solución parece discutible, no sólo porque distorsionaba algunas de las características típicas de la técnica concesional (por ejemplo, en lo tocante al régimen de remuneración del concesionario), sino porque la categoría del servicio público no era indispensable para los fines que la Ley trataba de alcanzar, por ejemplo, en relación con la programación de las televisiones⁴ y con el pluralismo informativo. Y es que un planteamiento general más liberal hubiera sido compatible con determinadas limitaciones y controles acerca de esas cuestiones.

Destacan, en todo caso, las reglas sobre la organización y el capital de las sociedades concesionarias que contiene la Ley 10/1988 y que estaban destinadas, en teoría, a salvaguardar el pluralismo informativo:

- La exigencia de un objeto social único y circunscrito a la gestión del servicio público de televisión (art. 18.1), que impedía, por ejemplo, que una sociedad editora de un periódico o titular de una operadora de radio pudiera recibir una concesión para desarrollar además el nuevo negocio de la televisión y, a la inversa, también vedaba que una de las nuevas televisiones pudiera extender su actividad a otros terrenos de la comunicación como la radio o la prensa.

el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera, y anular, en consecuencia, su contenido esencial».

³ STC 127/1994, de 5 de mayo, que resolvió cuatro recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento vasco y cincuenta diputados del Grupo Popular. Respecto a la inadecuación de la técnica de la gestión indirecta de un servicio al campo de la televisión privada, véanse Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El paisaje televisivo en España*, Aranzadi, Pamplona, 1997, especialmente págs. 78 a 98; Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, «Los servicios televisivos», en Elisenda MALARET GARCÍA (Dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, y José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Televisión y Competencia*, La Ley, Madrid, 2000, especialmente págs. 29-69.

⁴ La Ley 10/1988 estableció algunos requisitos relativos a la programación de las nuevas televisiones privadas (que fueron sustituidos en 1994 por los de la Directiva de Televisión sin Fronteras). Se trataba, sobre todo, de porcentajes de producción propia, de producción europea y cuotas de emisión de películas europeas, así como ventanas temporales reservadas a la exhibición en salas de las obras cinematográficas, previamente a su pase en televisión (art. 14).

- La limitación de que ninguna persona física o jurídica pudiera tener, directa o indirectamente, más del 25% del capital de una sociedad concesionaria (art. 19.3). Esta restricción obligó a crear consorcios con accionariados complejos y carentes de una estructura estable de control interno.
- La prohibición de que las acciones de los extranjeros superaran el 25% del capital de una concesionaria (art. 19.4), aunque esta limitación no podría aplicarse a los nacionales de los países de la Comunidad Europea.
- La necesidad de autorización administrativa previa para la transmisión o gravamen de las acciones de las sociedades concesionarias (art. 21).
- Por último, la prohibición de participar, directa o indirectamente, en el capital de más de una concesionaria (art. 19.2).

En aplicación de estas premisas fue convocado y resuelto, en 1989, el concurso para la adjudicación de las correspondientes concesiones, resultando adjudicatarias Antena 3 Televisión, Telecinco y Canal Plus⁵.

El régimen societario de las concesionarias establecido en 1988 fue posteriormente corregido, mediante reformas parciales, para hacerlo más flexible. Durante la propia etapa fundacional se eliminó el requisito del objeto social único⁶ y en la etapa de rectificación del modelo inicial, correspondiente al período de gobierno del Partido Popular, fueron suprimidas casi todas las limitaciones antes mencionadas (concretamente, el tope máximo a la participación en el capital primero se elevó hasta el 49% y después se eliminó, mediante las leyes de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado de 1999 y 2003⁷). Y otras restricciones al menos fueron mitigadas (por ejemplo, la relativa a la prohibición de participar en varias concesionarias⁸).

⁵ Inicialmente, en 1989, el capital de las tres concesionarias quedó configurado del siguiente modo:

- Antena 3 Televisión tenía como accionista principal al Grupo Godó, con una participación de 25% (a través de *La Vanguardia* y de Antena 3 Radio), mientras que el resto del accionariado estaba bastante disperso.
- En Telecinco había tres accionistas, que tenían cada uno una cuota de 25%; se trataba de Ediciones Anaya, la ONCE y la Fininvest de Berlusconi.
- En Canal Plus, los principales accionistas, con una participación de 25% cada uno, eran Prisa y Canal Plus Francia. Además, el Grupo March y el BBV tenían 15% cada uno.

⁶ Ley 37/1995, de 12 de diciembre, Disposición adicional quinta, por la que se da nueva redacción al artículo 18.1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

⁷ Artículo 96 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y artículo 110 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dan nueva redacción al artículo 19, apartado 1, de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

Ese régimen societario de las concesionarias suscita los siguientes comentarios:

- Primero. Las limitaciones cuantitativas a la participación de un inversor en una sociedad concesionaria carecían de verdadera justificación desde la perspectiva del pluralismo informativo, porque éste se refleja en las diferentes líneas informativas de los medios y, por lo tanto, no es en absoluto incompatible con la existencia de una mayoría accionarial que puede asegurar la estabilidad de una determinada orientación informativa.
- Segundo. Las limitaciones cuantitativas han estado en el origen (aunque no fueran la única causa) de la elevada fragmentación del capital de las televisiones privadas, circunstancia que a su vez puede relacionarse con la inestabilidad de su accionariado (que pronto se hizo patente en el caso de Telecinco y de Antena 3 Televisión⁹). Por otro lado, caben dudas acerca de la efectividad de estos límites accionariales y no han faltado sospechas de fraude en el cumplimiento de los mismos¹⁰.
- Tercero. La resistencia a eliminar las restricciones cuantitativas ha retrasado la posibilidad de operaciones de toma de control de las televisiones privadas y ha perjudicado en ese sentido la formación de su capital, sin una razón económica válida y sin un argumento que lo pueda justificar desde la perspectiva del pluralismo informativo, como antes se ha dicho. Una vez que fue-

⁸ La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, mitigó el ámbito de aplicación de la prohibición de participar en varias concesionarias circunscribiéndolo a las participaciones significativas, superiores a 5% del capital, pero también estableció límites a la participación en varias concesionarias de distinto ámbito territorial, en el sentido de que: a) «Ninguna persona física o jurídica que, directa o indirectamente, participe en el capital o en los derechos de voto, en una proporción igual o superior al 5% del total, de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito estatal, podrá tener una participación significativa en otra sociedad concesionaria de ámbito de cobertura autonómico o local, siempre que la población de las demarcaciones cubiertas en cada uno de estos ámbitos por sus emisiones exceda del 25% del total nacional», y b) «En ningún caso se podrá tener una participación significativa en el capital o en los derechos de voto, de sociedades concesionarias de servicios públicos de televisión de ámbito estatal, autonómico y local en caso de que coincidan simultáneamente en el mismo punto de recepción de la emisión» (Disposición adicional trigésima segunda).

⁹ En efecto, ya en 1990 cambió el accionariado de Telecinco con la entrada del empresario catalán Javier de la Rosa (que compró el paquete accionarial de 25% perteneciente a Ediciones Anaya). Por otra parte, en 1992, el Grupo Zeta, con el apoyo del Banesto de Mario Conde, se convirtió en el primer accionista de Antena 3 TV, determinando la salida del Grupo Godó.

¹⁰ Por ejemplo, en el caso de Telecinco, la entrada en su accionariado del empresario catalán Javier de la Rosa (que compró el paquete accionarial de 25% perteneciente a Ediciones Anaya, en 1990) y otros cambios accionariales previos fueron investigados por la Fiscalía Anticorrupción, que en 1997 solicitó la imputación de varias personas, por realizar negocios jurídicos ficticios para encubrir la vulneración de la Ley de Televisión Privada y por presunto delito fiscal. Todos los imputados fueron absueltos en 2007.

ron permitidas las operaciones de toma de control, la Ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado de 1999 permitió que las sociedades de televisión fueran admitidas a cotización en bolsa (al suprimir el requisito de la autorización previa para la transmisión de acciones, sustituyéndolo por un régimen de control más flexible, sobre paquetes accionariales de 5%, o de múltiplos de 5%, hasta llegar al 45% del capital¹¹). En este sentido, el coste de la toma de control de cada una de estas sociedades ha venido a depender, en buena medida, de que la operación correspondiente se llevara a cabo antes o después de su admisión a cotización en bolsa (con sometimiento, en este segundo caso, a las reglas del mercado de valores)¹².

- Cuarto. Ha faltado coherencia en el tratamiento legal de la participación de capitales extracomunitarios en las televisiones privadas. El Gobierno del Partido Popular impulsó en 1999 una modificación legislativa razonable, que suprimió el límite inicialmente establecido de 25% para este tipo de capitales, sustituyéndolo por la aplicación del principio de reciprocidad. Pero posteriormente, y sin mayor explicación, la Ley de acompañamiento de los presupuestos de 2003 borró la referencia al criterio de reciprocidad, de modo que se vino a permitir que las empresas de países que tenían excluida o restringida la inversión extranjera en televisión pudieran participar en las sociedades concesionarias españolas, sin ningún tipo de límite¹³. Esa modificación legislativa ha permitido que Televisa se incorporara al accionariado de La Sexta en 2005, con el 40% de su capital, poniendo de manifiesto las consecuencias paradójicas de esta regulación, porque la República de México, por su parte, prohíbe cualquier inversión extranjera en el sector de la televisión. Finalmente, este desequilibrio se palió con el Real Decreto-Ley

¹¹ Artículo 96 de la Ley 50/1988, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que da nueva redacción al artículo 21 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

¹² La toma de control mayoritario de Antena 3 por parte de Telefónica y la de Telecinco por parte de Fininvest ocurrieron antes de salir a bolsa. Sin embargo, la experiencia de Sogecable es la contraria: salió a bolsa en 1999, sin ningún accionista mayoritario, y Prisa ha superado el umbral de la mayoría en Sogecable ocho años después, mediante una OPA lanzada en diciembre de 2007 que ha tenido un coste de 2.000 millones de euros.

¹³ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Disposición adicional trigésima segunda). Se ha dicho que detrás de ese cambio legal anidaban los planes de inversión de algún importante grupo multinacional, como el de Murdoch, que ya intentó entrar en España sin éxito en 1989, cuando se presentó al concurso de las televisiones privadas, junto con el Grupo Zeta. El hecho de que Murdoch nombrara a José María Aznar miembro del Consejo de Administración de News Corporation, en 2006, indudablemente ha fomentado este rumor.

1/2009, que ha restablecido el principio de reciprocidad para los inversores extracomunitarios, aunque sin carácter retroactivo para las participaciones ya existentes, como la de Televisa, que han quedado sujetas a un tope máximo del 50% del capital de la concesionaria¹⁴.

III. LA REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS MULTICANAL DE TELEVISIÓN DE PAGO

El temprano éxito empresarial del primer canal de televisión de pago¹⁵, que había iniciado sus emisiones en 1990 (y que en 1993 entró en beneficios, mientras que las dos televisiones privadas en abierto seguían en importantes pérdidas), lógicamente incitó a la ampliación de la oferta televisiva de pago, pero esta vez a través de plataformas multicanal que podrían distribuirse por distintos medios técnicos: el cable, el satélite y, finalmente, la televisión digital terrestre. Para ordenar estas nuevas actividades y cumplir también otros objetivos de la política de telecomunicaciones se aprobaron nuevas leyes referidas a cada una de esas formas de distribución, algunas durante la propia etapa fundacional de la televisión privada, otras en la etapa de rectificaciones del modelo inicial.

a) *En la etapa fundacional* se aprobó, en primer término, la Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de Televisión por Satélite, que mantuvo el esquema del servicio público y el régimen societario de la Ley de Televisión Privada. Conforme a esta Ley se otorgaron concesiones, en octubre de 1993, a Canal Plus, Telecinco y Antena 3 TV¹⁶. En 1994, a instancias del Gobierno, las tres televisiones privadas acordaron comercializar conjuntamente sus nuevos canales satelitales (que operaban a través de Hispasat) con los de RTVE y constituyeron a tal efecto una sociedad común. Pero esta sociedad fue disuelta al cabo de nueve meses, al haber fracasado en la captación de abonados¹⁷.

¹⁴ Artículo 2 del Real Decreto-Ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, que da nueva redacción al artículo 19, apartado 9, de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

¹⁵ Canal Plus, S.A. había optado por esta modalidad de explotación, que no estaba expresamente prevista ni tampoco excluida en las bases del concurso de 1989.

¹⁶ Resolución de 7 de octubre de 1993, de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se resuelve el concurso para la adjudicación del servicio público de televisión por satélite para la emisión de programas con cobertura nacional o comunitaria.

¹⁷ I. FERNÁNDEZ ALONSO, *La política de televisión por satélite en España (1995-2003)*, Institut de la Comunicació de la UAB. http://www.structuracom.com/pdf/satelite_sevilla.pdf.

Tras este intento fallido, durante el último Gobierno de Felipe González, una nueva Ley (Ley 37/1995, de 12 de diciembre) decidió la liberalización del sector, de conformidad con la Directiva 94/46/CEE, y suprimió la calificación de servicio público para todos los servicios prestados a través de satélites de telecomunicaciones, con algunas excepciones¹⁸. De esta forma se pasó a exigir para ellos autorización administrativa, en vez de una concesión, y al amparo de esta Ley se desarrolló finalmente la televisión por satélite, aunque —como se expondrá más adelante— ese proceso estuvo todavía jalonado (y obstaculizado) por nuevas normas.

Por lo que se refiere al cable, la Ley de las Telecomunicaciones por cable (Ley 42/1995, de 22 de diciembre), que se aprobó también en diciembre de 1995, proporcionó una ordenación de este sector conservando el esquema del servicio público, aunque sin restricciones societarias comparables a las de la Ley de Televisión Privada de 1988¹⁹. Con la nueva Ley se trataba de dar cauce a nuevas ofertas empresariales, como las de los operadores de cable que venían funcionando en muchas ciudades españolas (especialmente en Andalucía) en una situación de «alegalidad», pero cuyo derecho había sido amparado por el Tribunal Constitucional en una sentencia de 1994 en la que declaró que el retraso del legislador en la regulación de esta modalidad de televisión no podía impedir su puesta en funcionamiento²⁰.

Pero también estaban planteadas, en vísperas de la nueva Ley, iniciativas empresariales más ambiciosas en relación con la televisión por cable, como la alianza entre Telefónica y Canal Plus en Cablevisión²¹. Este proyecto suscitó una fuerte polémica jurídica y empresarial. De hecho, fue objeto de una denuncia ante las autoridades españolas y europeas de la competencia por Antena 3 TV y por dos operadores de cable. Y aunque la concentración que representaba Cablevisión fue autorizada por el Gobierno, sometiéndola a determinadas condiciones²²,

¹⁸ Las excepciones afectaban a los servicios de telefonía y a los servicios portadores de la televisión hertziana, entre otros (art. 4).

¹⁹ La Ley del Cable sólo restringía la participación de capitales extranjeros, aunque lo hacía en los términos más flexibles previstos en la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones, cuyo artículo 15 fijó un límite del 25% para la participación en el capital de las concesionarias de personas físicas extranjeras o de personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, límite que podía ser superado con autorización del Consejo de Ministros, quien además, en ejecución de acuerdos internacionales suscritos por España o por la Unión Europea, podía variar el citado porcentaje en aplicación del principio de reciprocidad.

²⁰ STC 31/1994, de 31 de enero.

²¹ Esta sociedad había sido constituida en 1992 y fue potenciada en 1995, a través de un pacto de accionistas y de un acuerdo estratégico, con vistas a prestar servicios de carácter técnico, administrativo y comercial a los operadores de cable. Abengoa participó inicialmente en Cablevisión, aunque después salió de su accionariado.

²² Entre otras condiciones, que los operadores a quienes Cablevisión prestara sus servicios deberían ser libres de contratar programación con otros proveedores distintos de Canal

a la postre esta operación empresarial no pudo ejecutarse, porque la Comisión Europea inició un procedimiento sancionador en 1996 en relación con la misma²³.

b) *En la segunda etapa* del proceso de institucionalización de la televisión privada, la implantación del cable corrió a cargo exclusivamente de los nuevos operadores que ganaron en 1997 los concursos convocados en virtud de la Ley de 42/1995 y que formaban parte de dos grupos: por un lado, Cableuropa (que después cambiaría su nombre por el de ONO) y, por otro, la denominada Agrupación de Operadores de Cable²⁴. Posteriormente, la Ley de las Telecomunicaciones por Cable de 1995 fue sustituida y derogada por la legislación general de telecomunicaciones, que escindió la regulación de los servicios de difusión de radio y televisión de los demás servicios de telecomunicaciones, pero acabó por liberalizar la televisión por cable, dejando de considerarla servicio público y disponiendo, en consecuencia, que las concesiones otorgadas se transformaran en simples autorizaciones²⁵.

Sin embargo, en esta segunda etapa no sólo se desarrolló la televisión por cable, sino también la televisión por satélite, que, paradójicamente, recibió un nuevo impulso a consecuencia del veto de la Comisión Europea a Cablevisión. En efecto, Canal Plus (que había modificado su denominación para cambiarla por la actual de Sogecable) reorientó su estrategia y lanzó en 1997 una nueva operación denominada Canal Satélite Digital (CSD). Consistía en la distribución de más de cincuenta canales de televisión digital y cuarenta de audio, a través de los satélites Astra, realizando el *uplink* de la señal desde Luxemburgo, al amparo de la Directiva de Televisión sin Fronteras (Directiva 89/522/CEE). En esas fechas todavía no era posible operar desde España, conforme a la Ley 37/1995, al no haberse dictado todavía el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio previsto en la misma²⁶.

Plus y que dichos operadores de cable en ningún caso podrían tener la exclusiva de Canal Plus como producto *premium* (Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de marzo de 1996, por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de marzo de 1996).

²³ Incoación del procedimiento (Asunto núm. IV/M.709, Telefónica/Sogecable/Cablevisión).

²⁴ Una parte de los miembros de la Agrupación de Operadores de Cable después se integró en Aunacable, que a su vez fue absorbida en 2005 por ONO. De este modo, ONO acabó por ser el principal operador nacional de cable.

²⁵ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (Disposición derogatoria única), y Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (art. 1, ap. 1, Disposición adicional décima, Disposición transitoria décima y Disposición derogatoria). Véase a este respecto el detallado análisis de Matilde CARLÓN RUIZ, «Los servicios de difusión como plataforma de las libertades de expresión e información en la encrucijada entre servicio público y mercado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 134, 2007, págs. 251 a 284.

²⁶ El Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite debía haberse aprobado en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 37/1995 (Disposición final primera), pero no fue aprobado, como luego se dirá, hasta enero

Además, a finales de 1996 y bajo el impulso del Gobierno venía organizándose otra plataforma de satélite, Vía Digital (VD), que inició sus emisiones comerciales, a través de Hispasat, en septiembre de 1997 y que agrupó como principales accionistas a RTVE, a varias televisiones públicas autonómicas de Comunidades gobernadas por el Partido Popular (Madrid, Galicia, Valencia) y, sobre todo, a Telefónica, el antiguo monopolio de telecomunicaciones, recién privatizado pero todavía muy dependiente del Gobierno²⁷. Pero el apoyo gubernamental a VD no se manifestó sólo en el hecho de que participaran en esa plataforma las empresas públicas o recién privatizadas antes citadas, sino que se extendió al terreno legislativo, con la aprobación de normas destinadas a impedir o trabar la actividad de su competidor.

En primer lugar destaca el Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, dictado un día después de que CSD iniciara sus operaciones, con el objeto pretendidamente aséptico de incorporar al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de la Comisión Europea, sobre uso de normas para las señales de televisión. Esta norma (junto con el Reglamento Técnico aprobado por el Gobierno simultáneamente²⁸) venía a establecer un Registro público obligatorio de los llamados operadores de servicio de acceso condicional, esto es, de cualquier operador de televisión de pago que distribuyera descodificadores en el mercado. La llevanza del Registro se encomendaba a una nueva autoridad, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Los requisitos técnicos que debían cumplir los descodificadores fueron inicialmente descritos de forma ambigua por ese Real Decreto-Ley, pero luego, fruto de la tramitación parlamentaria del mismo como proyecto de ley, se aprobó la Ley 17/1997, de 3 de mayo, que establecía una clara preferencia legal por un modelo de descodificador con interfaz común, el llamado modelo *multicrypt*, que, desde luego, no era el de CSD²⁹. A consecuencia de esta legislación, la Comisión del Mercado

de 1997. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la nueva estrategia de Canal Plus tenía antecedentes, porque desde 1993 esa empresa venía ensayando con la televisión por satélite, con el lanzamiento de un paquete de cuatro canales analógicos que se emitían también desde Luxemburgo, a través del sistema de satélites de Astra, y que se difundía y comercializaba en España.

²⁷ Vía Digital tenía también otros socios privados, como Televisa. Sin embargo, las crecientes necesidades de capital de Vía Digital determinaron pronto la salida de muchos de los socios iniciales y el accionariado acabó por simplificarse, centrándose básicamente en Telefónica.

²⁸ Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite.

²⁹ El artículo 17, apartado a), de esta Ley incluía la siguiente regla: «*El sistema de acceso condicional será el definido por el Grupo DVB (Grupo de Radiodifusión de Vídeo Digital), bajo el concepto simulcrypt, siempre que, sin necesidad de ningún tipo de adaptación, resulte la plena compatibilidad de su uso por los distintos operadores y exista previo acuerdo entre éstos. Para que este acuerdo se entienda producido será necesario que los citados operadores presten su con-*

de las Telecomunicaciones no inscribió en su registro a CSD durante el año siguiente a su lanzamiento y, mientras tanto, la distribución de sus descodificadores tuvo toda la apariencia de ser ilegal; de hecho, los inspectores de telecomunicaciones llegaron a visitar algunos centros comerciales para levantar acta de esa distribución.

En esas circunstancias, la Comisión Europea abrió un expediente de infracción al Reino de España ante la denuncia presentada por el operador perjudicado, que alegaba, entre otras cosas, que esta normativa había vulnerado la libre prestación de servicios y la libre circulación de bienes³⁰. Bajo esta presión, el Gobierno modificó la Ley 17/1997 y eliminó sus aspectos más obviamente contrarios al Derecho europeo, con un nuevo Real Decreto-Ley dictado en el mes de septiembre de 1997 (RDL 16/1997, de 13 de septiembre). Finalmente, CSD fue inscrito en el Registro de la CMT en febrero de 1998, lo que no impidió que después plantease una reclamación patrimonial por los daños que le había causado esa legislación, que se saldó, en 2003, con una sentencia del Tribunal Supremo que condenó al Estado a pagar una indemnización de más de 26 millones de euros³¹.

Pero no fue sólo esta legislación técnica sobre descodificadores la que puso trabas a la competencia, sino también la Ley 21/1997, de 3 de julio, Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, aprobada en este mismo contexto, y que introdujo una regulación muy intervencionista, que bordeaba la expropiación de los principales derechos audiovisuales de carácter deportivo de CSD (como se expondrá más adelante). Tampoco cabe pasar por alto que, en coincidencia con estos acontecimientos, se inició un procedimiento judicial, puesto en marcha por una denuncia y una querrela que presentaron en febrero de 1997 personas vinculadas a publicaciones y personalidades de la extrema derecha, contra los miembros del Consejo de Administración de Sogecable, la matriz de CSD³².

*formidad respecto de los aparatos de acceso condicional a emplear y así se haga constar en un documento que asuman todos ellos, y que se remitirá, para su conocimiento, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el plazo de dos meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. **Transcurrido este plazo, en defecto de acuerdo, deberán emplearse otros sistemas que puedan operar de acuerdo con la recomendación DVB definida como interfaz común que facilite la operación en modo multicrypt**». La Ley 17/1997 se aprobó con el voto del Partido Popular, de Izquierda Unida y del PNV.*

³⁰ Hay que tener en cuenta que CSD emitía desde Luxemburgo y distribuía muchos canales producidos o elevados al satélite en otros países europeos, y también que los descodificadores de CSD eran importados y habían sido fabricados en otros Estados miembros de la Comunidad Europea.

³¹ STS 4076/2003, de 12 de junio.

³² Este procedimiento, conocido como el «Caso Sogecable», se inició por denuncia de Jaime Capmany, director de la revista *Época*, y querrela de Francisco Javier Sainz Moreno, que había sido asesor de Ruiz Mateos, y se planteó por la supuesta apropiación indebida de los depósitos de garantía de los abonados de Canal Plus. Una tesis que sólo podía sostenerse en

Se configuró de ese modo un ambiente institucional hostil a un nuevo medio de comunicación, lo que fue negativo tanto para el ejercicio de la libertad de empresa como para el pluralismo informativo (en la medida que el grupo propietario de dicho medio mantenía una orientación crítica hacia el Gobierno). El hecho de que no sea completamente excepcional este tipo de intervencionismo discriminatorio contra medios de comunicación discrepantes, que se ha manifestado también en otros contextos, no atenúa la gravedad de estos hechos³³.

Pero ese conjunto de circunstancias adversas no lograron abortar la puesta en marcha de CSD y, en consecuencia, se configuró un mercado con dos oferentes de televisión por satélite: el operador participado por empresas públicas (VD) y el operador estrictamente privado (CSD). Su competencia, durante más de cinco años, fue muy enconada y aunque el segundo acabó por prevalecer, tanto en número de abonados como en resultados económicos, los dos incurrieron en cuantiosas pérdidas. De este modo, al final, la única solución viable fue la integración de ambos competidores, que se hizo efectiva en diciembre de 2003. Sin embargo, la integración de VD en Sogecable también implicó una pesada carga económica para esta última, de modo que su victoria casi puede calificarse de «pírrica».

c) *También fue en la segunda etapa* del proceso de institucionalización de la televisión privada cuando se puso en marcha la primera plataforma multicanal en TDT. La regulación de la TDT tuvo lugar, en efecto, durante el primer Gobierno del Partido Popular y se llevó a cabo de forma poco menos que subrepticia, mediante una Disposición adicional de la Ley de acompañamiento de los presupuestos de 1998 que abría la puerta genéricamente a esta nueva modalidad de televisión, re-

base a una interpretación absurda sobre la naturaleza jurídica de esos depósitos, que en realidad no eran sino fianzas para asegurar la devolución de los descodificadores alquilados a los abonados. Pero la tesis de la acusación, de que se trataba de auténticos depósitos que debían conservarse y contabilizarse separadamente, fue aceptada en principio por el juez instructor de esta causa, quien impuso a los inculpados gravosas medidas cautelares. A la postre, sin embargo, la Audiencia Nacional impidió que pudiera continuar este acoso y el juez instructor, Javier Gómez de Liaño, fue condenado por prevaricación por el Tribunal Supremo (STS 2/1999, de 15 de octubre). A este respecto hay que señalar también que el 22 de julio de 2008 el TEDH, Sección 3.ª, condenó a España por entender que en este asunto se había violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, por falta de imparcialidad objetiva de los Magistrados del Tribunal Supremo que habían intervenido previamente en este caso, concretamente al haber rechazado el recurso del acusado contra su procesamiento.

³³ Por ejemplo, el hostigamiento económico del Gobierno argentino al Grupo Clarín (al respecto puede verse Grupo Clarín, *Las claves: la estrategia oficial contra los medios*, http://www.grupoclarin.com/content/comunicado_09.html) o la no renovación de la licencia de RCTV de Venezuela (al respecto, http://www.prensalibre.com/internacionales/SIP-analiza-libertad-expresion-Venezuela_0_229777062.html).

mitiendo en todo lo demás a los planes técnicos y a los futuros reglamentos técnicos y de prestación del servicio que el Gobierno y el Ministerio de Fomento, respectivamente, debían aprobar³⁴. Aunque era un planteamiento legislativo verdaderamente escueto, el Tribunal Supremo interpretó que no implicaba una deslegalización contraria a la reserva de ley en materia de medios de comunicación, porque la TDT sólo suponía una variante tecnológica de la televisión por ondas regulada por la Ley 10/1988³⁵. Pero declaró nula la Orden del Ministerio de Fomento dictada en octubre de 1998, por considerar que su contenido excedía de la habilitación contenida en esa Disposición adicional de la Ley de acompañamiento, en la medida que la Orden Ministerial establecía un verdadero reglamento jurídico y no solamente técnico de la TDT (la Orden regulaba el régimen de las concesiones, los concursos para otorgarlas, así como su duración, e introducía conceptos jurídicos nuevos, como la distinción entre canales y programas) y, por lo tanto, invadía la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros³⁶.

El contenido del Plan Nacional de Televisión Digital, aprobado mediante el Real Decreto 2169/1998, se inspiraba claramente en la experiencia inglesa, pionera en esta nueva tecnología. Como en Gran Bretaña, la apuesta consistió, básicamente, en configurar una plataforma de televisión de pago en TDT, con la intención de competir con las ofertas multicanal de satélite y de cable. Este modelo también comprendía una oferta, complementaria o adicional, de TDT en abierto.

No obstante, había diferencias significativas entre ambos casos. Así, fue una empresa completamente privada, On Digital (que después pasó a llamarse ITV Digital), la que obtuvo en Gran Bretaña, en 1997, las licencias para explotar los multiplex de la TDT (sus accionistas eran las productoras de televisión Carlton y Granada). Sin embargo, en España la principal adjudicataria del concurso de 1999, convocado en aplicación del Real Decreto 2169/98, fue Onda Digital (posteriormente cambió su nombre a Quiero TV), cuyo primer accionista, con un 49% del capital, era la empresa pública encargada de ofrecer el servicio portador de la señal de televisión en toda España, esto es, Retevisión. Además, Quiero TV contaba con socios minoritarios privados, como la productora Media Park, el Grupo Planeta y también Carlton

³⁴ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Disposición adicional cuadragésima cuarta. El primer Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal se aprobó mediante el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre.

³⁵ Sentencia de 30 de abril de 2001 (recurso 610/1998) y sentencia de 17 de junio de 2002 (recurso 106/1999).

³⁶ Sentencia de 30 de diciembre de 2004 (recurso 6195/2001), que declara nula de pleno derecho la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1.998, por la que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal.

Communications (que, como ya se ha dicho, participaba también en la operadora inglesa de TDT).

Pero estas dos experiencias nacionales no sólo diferían por el carácter estrictamente privado de la inglesa y por la presencia destacada de capital público en la española, sino también por la distinta combinación que ofrecían de televisión de pago y televisión en abierto. Ese *mix* era más equilibrado en Gran Bretaña que en España. ITV Digital operaba, mediante tres múltiples, dieciocho canales de pago y había otros tres múltiples, de BBC y de SDN, que distribuían diez canales en abierto. En cambio, Quiero TV disponía de tres múltiples y medio, con los que ofrecía catorce canales de pago. Además, el Gobierno español otorgó concesiones para otros dos canales de TDT en abierto: una a Veo Televisión (cuyos accionistas eran Grupo Recoletos y la editora del diario *El Mundo*) y otra a Net TV (que tenía como socio de referencia a Prensa Española, la editora del *ABC*). En definitiva, el primer proyecto de TDT en España se orientaba, aún más que en Gran Bretaña, hacia la televisión de pago, frente a la televisión en abierto: la relación era de 18 a 10 en el caso inglés y de 14 a 2 en el español.

En todo caso, el resultado de ambas experiencias fue inequívocamente negativo. En los dos países, las nuevas plataformas de TDT sucumbieron en la competencia con las ofertas multicanal, de cable y de satélite, ya establecidas en el mercado. Aunque el fracaso en el caso español fue aún más estrepitoso. Porque mientras ITV Digital llegó a funcionar durante cuatro años y alcanzó a tener 1.300.000 abonados en 2002 (que fue el año en que dejó de operar), Quiero TV sobrevivió durante menos de dos años y no alcanzaba los 200.000 abonados cuando cesó sus actividades en 2002³⁷.

En conclusión, pueden realizarse las siguientes observaciones

- El lanzamiento de las plataformas multicanal de pago se ha realizado con regímenes jurídicos diferentes, que resultaron de

³⁷ Seguramente fueron varias las causas de estos fracasos, y principalmente hacen referencia a una programación deficiente, que siempre resultó inferior a la de sus competidores. Aunque en relación con uno de los productos estrella de la televisión de pago, como es el fútbol, hay que reseñar que mientras ITV Digital sólo consiguió los derechos audiovisuales de las categorías inferiores del fútbol británico, Quiero TV logró un acuerdo con Canal Satélite Digital para la transmisión en *pay per view* de los partidos de la Liga española de Primera División. Además, Quiero TV también tuvo ventajas comparativas, desde el punto de vista técnico, sobre ITV Digital, porque era mayor la población inicialmente cubierta por sus emisiones de TDT (80% en España y entre 50 y 70% en el Reino Unido) y porque el descodificador utilizado por Quiero TV era mejor y ofrecía más prestaciones, en particular una guía de programas electrónica y posibilidad de acceso a Internet. Sin embargo, el hecho es que, en ambos casos, el público fue reticente a abonarse a unas plataformas de TDT y a instalar los descodificadores correspondientes para conseguir una cesta de programas claramente inferior a la distribuida por los respectivos líderes del mercado (Sky en Gran Bretaña y CSD en España).

su inclusión o exclusión del ámbito del servicio público. Pero aun cuando la regulación consideró que se trataba de una actividad liberalizada, como en el caso de la televisión por satélite, el Estado pretendió controlar su puesta en marcha de una manera extremadamente intervencionista, que no prosperó gracias a la primacía del Derecho europeo.

- La competencia entre las diversas plataformas multicanal, al final de la segunda etapa del proceso de institucionalización, se plasmó en un mercado de televisión de pago en el que fracasaron las iniciativas promovidas por las empresas públicas (a pesar de que la regulación las favorecía) y en el que predominó, desde el punto de vista de la modalidad de distribución, la televisión por satélite sobre la televisión por cable y sobre la TDT (como se refleja en el cuadro 1, tomado del Informe de 2002 de la CMT).

Cuadro 1
Evolución del número de abonados a la televisión de pago por entidad y total

	1999	2000	Variación 2000-1999 (%)	2001	Variación 2001-2000 (%)	2002	Variación 2002-2001 (%)
Canal Satélite Digital	813.490	1.051.563	29,3	1.230.038	17,0	1.220.669	-0,8
Vía Digital	440.114	633.059	43,8	806.379	27,4	775.000	-3,9
Canal Plus	760.424	885.449	16,4	787.370	-11,1	720.199	-8,5
Grupo Cableuropa (ONO)	31.023	128.242	313,4	232.099	81,0	286.536	23,5
Resto AOC	59.977	100.046	66,8	171.722	71,6	187.023	8,9
Aunacable	12.785	69.888	446,6	165.632	137,0	260.102	57,0
Quiero TV	—	113.233	—	133.113	17,6	0	—
Cable local	—	—	—	18.376	—	77.717	322,9
TOTAL	2.117.813	2.981.480	40,8	3.544.729	18,9	3.527.246	-0,5

Fuente: CMT.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA ESTRATEGIA DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES EN EL ESCENARIO DE LA CONVERGENCIA CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La convergencia entre mercados, industrias y servicios de comunicación y telecomunicaciones favoreció la entrada de nuevos actores en el campo de la televisión privada; grandes operadores de telecomunicaciones, como Retevisión o Telefónica, dieron ese paso en la segunda mitad de la década de los noventa y los poderes públicos promovieron claramente esa estrategia.

Respecto de Retevisión, ya se ha comentado su carácter de socio de referencia de Quiero Televisión y cómo ésta recibió una concesión para explotar catorce canales (o «programas», según la nueva terminología) conforme al primer Plan Técnico Nacional de TDT, que finalmente tuvo que devolver en vista del fracaso de esa empresa.

En relación con Telefónica, la Ley 42/1995, en su Disposición adicional segunda, le confirió el derecho excepcional a obtener un título habilitante, sin necesidad de pasar por un concurso, para prestar el servicio de telecomunicaciones por cable en cualquier demarcación. Las condiciones que la Ley le imponía eran: primero, que utilizara sus propias infraestructuras para soportar de forma integrada el servicio de cable y el servicio telefónico básico; segundo, que respetara el límite de cuota de mercado —aplicable con carácter general a todos los operadores— de no superar el millón y medio de abonados en toda España; tercero, que no empezara sus operaciones hasta pasados nueve meses desde que el operador de la competencia hubiera iniciado la prestación del servicio en la correspondiente demarcación, y cuarto, que prestara el servicio mediante una sociedad participada por Telefónica con más del 50% del capital.

Sin embargo, a pesar de esta manifiesta invitación legal a participar en el cable, la Telefónica recién privatizada y presidida por Juan Villalonga optó por inaugurar una estrategia televisiva diferente y tomó posiciones en el sistema español de televisión, en sectores distintos del cable.

Como ya se ha dicho, optó inicialmente por el satélite y se convirtió en 1997 en el principal accionista de VD y, aunque se frustraron sus pretensiones de liderar ese mercado, pudo lograr una integración de esa plataforma satelital con la de su competidor. La integración se instrumentó en julio de 2003 a través de una ampliación de capital en Sogecable que se ofreció en exclusiva a los accionistas de VD, de modo que Telefónica, tras suscribirla, devino el primer accionista de Soge-

cable³⁸. El interés estratégico para Telefónica de esta operación estribaba en poner fin a las cuantiosas pérdidas originadas por VD, además de participar en una plataforma importante de distribución de contenidos, que competía con los operadores de cable y que podía impulsar la utilización de sus redes, sin que ello fuera incompatible con el impulso por su parte de otras plataformas de distribución de contenidos (como sería Imagenio)³⁹.

Por otro lado, Telefónica inició también en 1997 su desarrollo en la televisión en abierto. Esta estrategia contó con el respaldo político del Gobierno del Partido Popular, que alentaba el surgimiento de un grupo afín de medios de comunicación. Así, en julio de 1997, Telefónica llegó a un acuerdo para comprar el 25% de Antena 3 Televisión, operación que fue inmediatamente autorizada por el Ministerio de Fomento, y en los siguientes años incrementó su participación hasta conseguir la mayoría del capital de esta televisión. Sin embargo, en 2003 procedió a desinvertir y tuvo que hacerlo por obligación legal, al haber adquirido en julio de ese año una participación significativa en Sogecable, como se ha dicho más arriba⁴⁰.

Por último, también en 2003, Telefónica recibió la autorización de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones⁴¹ para poner en marcha

³⁸ En esa ampliación Telefónica consiguió el 23,83% del capital de Sogecable (aunque renunció a ejercer sus derechos políticos en el porcentaje en que excedieran de la participación de Canal Plus, S.A. o de Prisa, cuya respectiva cuota, tras esta operación, quedó en 16,38%).

³⁹ Discurso del Presidente de Telefónica en la Junta General de 2003: «En este mismo ámbito de actuación (de las reestructuraciones empresariales), se enmarca el acuerdo de fusión de Vía Digital y Sogecable, ya en su última fase de ejecución. Con el plan previsto, esperamos que esta actividad, que generaba importantes pérdidas, pase a aportar resultados positivos en un futuro cercano. La integración de estas dos compañías dará lugar a la plataforma líder de la televisión de pago en España, con más de 2,5 millones de hogares-clientes y con unos ingresos conjuntos superiores a los 1.300 millones de euros. El acuerdo contribuirá decisivamente al desarrollo del mercado audiovisual español y favorecerá la rápida implantación de los sistemas digitales en los hogares españoles, tanto en beneficio de los usuarios como de la industria. Debemos reafirmar aquí que, tanto nuestra participación en Vía Digital como en la Nueva Sogecable, no las concebimos como inversiones en Medios de Comunicación, sino en Plataformas de Distribución de múltiples contenidos de entretenimiento e información, utilizando la tecnología más adecuada en estos momentos para hacer llegar a nuestros clientes los contenidos más demandados por ellos. Esta plataforma impulsará la utilización de nuestras redes y será compatible con el desarrollo de otras plataformas interactivas para aplicaciones multiservicio y de distribución de contenidos bajo demanda».

⁴⁰ Telefónica incrementó su participación en Antena 3 en 1999 hasta alcanzar 47,2%, que era casi el máximo legalmente permitido en esa fecha. En enero de 2003, ya bajo la presidencia de César Alierta y habiéndose suprimido todo límite legal, Telefónica compró un importante paquete accionarial al Banco de Santander, elevando su participación en Antena 3 a 59,2%. Telefónica instrumentó su desinversión en Antena 3 mediante la venta del 25% a un consorcio formado por Planeta y De Agostini y, por otra parte, mediante el pago de un dividendo en especie a los propios accionistas de Telefónica, a quienes distribuyó por este concepto el 30% de las acciones de Antena 3. Con el fin de hacer viable esta operación, Antena 3 fue previamente admitida a cotización en bolsa, en octubre de 2003.

⁴¹ Resolución de 12 de diciembre de 2003, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, relativa a la prestación de la oferta de ser-

Imagenio, un proyecto que desde hacía mucho tiempo llevaba preparando esta operadora, consistente en una oferta comercial de acceso a internet, video a la carta, servicios interactivos y canales de televisión, distribuidos a través de la línea telefónica, usando la tecnología ADSL. Dicha Resolución se dictó al amparo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que acababa de liberalizar completamente los servicios de difusión de radio y televisión por cable, excluyéndolos del campo del servicio público⁴².

La nueva televisión por ADSL de Telefónica competía con los cableoperadores y también con Digital +, la plataforma de televisión de pago de Sogecable. La competencia con esta última venía, además, exigida por el Acuerdo del Consejo de Ministros que había autorizado en 2002 la integración de Vía Digital en Sogecable. El Gobierno prohibió entonces comercializar conjuntamente la programación de televisión de Sogecable con la oferta de Internet con banda ancha de Telefónica o con Imagenio, prohibición que prácticamente duró hasta que Telefónica salió de Sogecable, al aceptar la OPA lanzada por Prisa en 2007⁴³.

En definitiva, tras abandonar la apuesta por el cable, Telefónica ha entrado y salido sucesivamente de Vía Digital, de Antena 3 y de Sogecable (y ha vuelto a adquirir una participación en el negocio de televisión por satélite de esta última en 2010). De este modo su desempeño como inversor ha sido particularmente inestable y, por otra parte, como gestor audiovisual no ha alcanzado el liderazgo del mercado⁴⁴. Pero si

vicios «Línea Imagenio» por Telefónica de España, SAU (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2004).

⁴² Sin embargo, la liberalización no excluía la exigencia de título habilitante para esos servicios de difusión, y la Resolución citada sobre la «Línea Imagenio» precisaba que «en lo tocante a los servicios de canales de audio y televisión digital, (...) su prestación deberá ajustarse a lo establecido en la regulación específica en la materia, en particular en lo relativo a la necesidad de que el prestador de servicio cuente con el título habilitante correspondiente, circunstancia que concurre en Telefónica Cable, S.A., entidad identificada como prestadora de estos servicios». En este sentido, hay que interpretar que se aludía al título habilitante «que correspondía a Telefónica en todas las demarcaciones para el suministro de servicios de radio y de televisión al amparo de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, de modo que parecía confirmarse el entendimiento amplio por parte de la Administración Pública del alcance de dicho título concesional en relación con la infraestructura empleada, así como la peculiar y selectiva interpretación de las obligaciones asumidas en su día en materia de inversión y despliegue de redes de cable» (Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, «Digitalización y convergencia multimedia. Desafíos jurídicos de la comunicación social ante el avance tecnológico», en LORENZO COTINO HUESO, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 263-264).

⁴³ En realidad, de conformidad con el acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, esa prohibición expiró el 29 de noviembre de 2007. A partir de 2008 se ha comercializado una oferta conjunta de Sogecable y Telefónica, llamada Trio +, que incluye telefonía, Internet y la programación de televisión de Digital +, aunque sus resultados han sido relativamente escasos.

⁴⁴ Telefónica tuvo la responsabilidad de gestionar Vía Digital y Antena 3, pero no pudo evitar que una y otra quedaran por detrás de sus principales competidores en abonados y en audiencia. En 2003, Telecinco obtuvo 21,4% de la audiencia, frente a 19,5% de Antena 3 TV,

se considera todo su recorrido en este sector, se puede matizar esta valoración si se interpreta que sus decisiones (su renuncia inicial a desarrollar una operación de cable y sus inversiones en todas las otras modalidades de televisión, abierta y de pago, terrestre y satelital) han estado seguramente condicionadas por una apuesta de fondo, claramente vencedora, por el desarrollo de la tecnología ADSL y contraria al cable. El ADSL es hoy, en efecto, la tecnología dominante en España, aunque no haya favorecido la implantación de la auténtica banda ancha, de más de 10 Mbps⁴⁵. Sin embargo, no cabe descartar que Telefónica revise en el futuro su estrategia para desarrollar las redes de nueva generación, que ya han recibido una primera ordenación⁴⁶ y con las que ha realizado experiencias limitadas. Y es evidente que eso también tendría impacto considerable para la televisión.

Sea como fuere, es indudable que las operadoras de telecomunicaciones han tenido un papel destacado en el campo de la televisión y que lo tendrán en el futuro (en particular todas las que ofrecen el servicio de televisión por ADSL), porque han ampliado la difusión de los programas e incrementado la competencia. Pero también parece que sus decisiones en este sector han estado muy condicionadas por consideraciones políticas y por opciones tecnológicas.

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES SOBRE LOS CONTENIDOS DEPORTIVOS

Este asunto es importante, en especial por lo que se refiere al fútbol. Prueba de ello es que el legislador nacional, más atento en general a regular los aspectos societarios y técnicos de las televisiones que sus contenidos, se ha ocupado sin embargo de las emisiones de los eventos deportivos, sobre todo de los partidos de fútbol de Primera División. Pero la regulación adoptada resulta insuficiente, en cuanto no aborda los aspectos básicos del problema, esto es, el fundamento de los derechos audiovisuales sobre los partidos de fútbol, de forma que la conflictividad que ha caracterizado este asunto deriva en buena medida de

y Canal Satélite Digital alcanzó 1.173.024 abonados, frente a 705.050 de Vía Digital (CMT, Informe Anual 2003, Estadísticas del Sector, pág. 371).

⁴⁵ Al respecto, Communications Committee, *Working Document: Broadband access in the EU: situation at 1 July 2009* (COCOM09-29 final). En el mismo sentido, Ramón MUÑOZ: «En España, uno de cada cinco ciudadanos cuenta con conexión a Internet, pero sólo un millón navega a velocidades superiores a 10 Mbps. La causa fundamental es que el 80% de las conexiones son por ADSL, una tecnología que adoptó Telefónica para rentabilizar la vieja red de cobre que heredó del antiguo monopolio» («Occidente pierde la carrera por la velocidad en la Red», *El País*, 16 de septiembre de 2009, págs. 28 y 29).

⁴⁶ Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, que regula los mercados 4 y 5.

una laguna normativa. En cambio, se ha aprobado una legislación intervencionista, y también oportunista, sobre el modo de gestionar esos derechos y sobre su utilización por las televisiones.

Para situar esta legislación en su contexto hay que referirse a la primera de las llamadas «guerras del fútbol», iniciada en el período inmediatamente anterior a la expiración de los contratos celebrados conforme al anterior sistema de administración y venta centralizada de los derechos por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional y que estuvieron vigentes hasta la temporada 1997-98. En un movimiento de anticipación a ese vencimiento, Antena 3, a través de la sociedad GMA, puso en marcha en 1996 una estrategia de ruptura con el modelo de venta centralizada. Comenzó negociaciones con distintos clubes para adquirir, mediante contratos con cada uno de ellos, sus derechos de televisión hasta la temporada 2002-2003, incluyendo en la cesión la nueva modalidad de «pago por visión». Televisión de Catalunya también logró la cesión de los derechos del Barcelona FC. Por su parte, Sogecable —que venía explotando hasta entonces los derechos de televisión de pago, según el sistema gestionado por la Liga— reaccionó y cerró igualmente contratos con muchos clubes para las futuras temporadas, a fin de posicionarse en el nuevo escenario.

Este conflicto desembocó en un acuerdo, firmado en diciembre de 1996, conocido como el «Pacto de Nochebuena», que fue decisivo para que CSD tomara la delantera en la televisión de pago. En virtud de ese Pacto, los tres cesionarios de los clubes, esto es, GMA, Televisión de Catalunya y Sogecable, pusieron en común sus respectivos derechos de fútbol, cediéndolos a una sociedad participada por los tres, denominada Audiovisual Sport (AVS). Asimismo, acordaron vender la exclusiva de los derechos de «pago por visión» a CSD⁴⁷.

La puesta en marcha del nuevo modelo estuvo llena de dificultades; entre otras, las derivadas de la Ley 21/1997, de 3 de julio, Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, que fue aprobada con la finalidad oficial de dar cumplimiento a una Resolución del Parlamento Europeo sobre esta materia⁴⁸, aunque su función latente era sustraer o devaluar una de las principales ventajas competitivas de CSD: sus derechos exclusivos

⁴⁷ El precio de los derechos de *pay per view* pagado por CSD fue de 15.000 millones de pesetas. Posteriormente, conforme a lo pactado, CSD cedió el usufructo de estos derechos a Audiovisual Sport y conservó la nuda propiedad de los mismos, lo que significaba su emisión por CSD exclusivamente.

⁴⁸ Se trata de la Resolución del Parlamento Europeo B4-326/96, cuyo contenido en buena medida ha sido incorporado posteriormente a la Directiva de Televisión sin Fronteras, en su Capítulo II Quater, «Disposiciones sobre los derechos exclusivos y los resúmenes informativos en radiodifusión televisiva».

de pago por visión sobre el fútbol de Primera División hasta la temporada 2002-2003.

La nueva Ley obligó a elaborar cada temporada un catálogo de acontecimientos deportivos de interés general, reservados para la emisión en abierto, y atribuía la responsabilidad de aprobarlo a un Consejo formado con representantes de las Administraciones junto a representantes de las asociaciones deportivas, de los consumidores y de los medios de comunicación⁴⁹. Pero esta Ley estableció, además, la obligación —sin precedentes en Europa y que sobrepasa, desde luego, el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo invocada en su Exposición de Motivos— de que un partido de cada jornada de la Liga de Primera División se emitiera en televisión en abierto⁵⁰. También reconoció un derecho preferente para elegir ese partido al operador de televisión que decidiera emitirlo.

Además, la Disposición transitoria de la Ley dispuso su aplicación retroactiva a los contratos celebrados antes de que fuera aprobada, restringiendo de ese modo el ejercicio de los derechos de propiedad adquiridos en virtud de dichos contratos. Restricción que la propia Ley se encargó de precisar que no daría lugar en ningún caso a una indemnización. No obstante, el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por setenta y un diputados

⁴⁹ Artículo 4 y Disposición final cuarta de la Ley 21/1997.

⁵⁰ Aunque el texto de la Resolución del Parlamento Europeo era bastante vago y genérico, sólo mencionaba como ejemplos de acontecimientos de interés general algunos de excepcional importancia y que sólo se repiten cada cuatro años, como los Juegos Olímpicos y el Campeonato Mundial de Fútbol, y no acontecimientos recurrentes como los partidos de la Liga. También refuerza la interpretación de que sólo se trataba de garantizar la emisión en abierto de acontecimientos excepcionales el dato de que el Parlamento Europeo, en esa Resolución, se felicitará por el proyecto de ley de modificación de la Broadcasting Act de 1990 que se había presentado ante la Cámara de Loes del Reino Unido el 6 de febrero de 1996, y cuyo objeto era extender a la televisión de pago mediante suscripción la prohibición de transmitir los acontecimientos deportivos de gran importancia, que ya regía en Gran Bretaña para el *pay per view*; sin embargo, esa iniciativa legislativa no pretendía ampliar la lista de acontecimientos reservados a la televisión en abierto en el Reino Unido, como expresamente se reconoció en el correspondiente debate parlamentario, de modo que seguirían siendo los mismos grandes eventos («Grand National, Derby, FA Cup Final, Scottish Cup Final, Wimbledon finals, England's home test matches, Olympics and World Cup finals»). Por eso, al no poder justificar con la Resolución del Parlamento Europeo B4 0326/96 la decisión de reservar un partido de cada jornada de la Liga para la televisión en abierto, la Exposición de Motivos de la Ley 21/1997 pretendió legitimarla invocando la tradición: «por lo que a nuestro país se refiere, con continuidad desde 1963, se ha consagrado como tradición arraigada, la práctica de retransmitir cada sábado o domingo, en emisión abierta, el partido de fútbol de 1.ª división de mayor interés deportivo dentro de cada jornada, elegido libremente por los operadores». Pero sorprende esta referencia porque, al menos desde 1963 a 1989, la oferta de fútbol en la televisión en abierto no representaba una opción preferida de entre las varias posibles, sino la única posibilidad de transmitirlo, puesto que no existió durante ese largo período ni televisión de pago ni pluralidad de operadores, de modo que la supuesta tradición no sería, en esos primeros veintiséis años del período citado, más que la consecuencia del monopolio estatal de la televisión. La «arraigada tradición» no tendría, en definitiva, más de ocho años.

contra esta Ley, descartó que se hubiera vulnerado el artículo 9.3 CE, porque se trataría de un caso de irretroactividad impropia, referido no a «situaciones jurídicas consolidadas», sino a «situaciones jurídicas no concluidas», cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, «debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que aconsejan la modificación del ordenamiento jurídico, y en la ponderación de las exigencias de la seguridad jurídica»⁵¹.

El hecho de que CSD y AVS lograran, a pesar de todo, sortear los mayores perjuicios que les podía reportar esta Ley y consiguieran explotar sus derechos audiovisuales de fútbol no obsta para que, desde la perspectiva de la libre competencia, sea evidentemente objetable esta manera de legislar en perjuicio de un medio de comunicación competidor de aquel promovido por el Gobierno⁵².

En todo caso, la Ley no ha impedido la reiteración de los conflictos en este sector, con unas pautas básicas (compra anticipada de los derechos con bastante antelación a la expiración de los contratos vigentes, elevación de los precios pagados para adquirirlos⁵³, puesta en común posterior de los derechos para su explotación en una sociedad común) que se han repetido en ocasiones posteriores, como se expone a continuación.

La solución alcanzada en diciembre de 1996 fue muy efímera. Surgió una segunda controversia en la primavera de 1997, a raíz de la entrada de Telefónica en Antena 3. Y es que Telefónica compró también la sociedad GMA, esto es, la gestora de derechos de fútbol vinculada a esa televisión, y con ello consiguió participar en AVS, creando una situación conflictiva para su gestión⁵⁴. Sogecable aceptó compartir la

⁵¹ STC 112/2006, de 5 de abril de 2006, fundamento jurídico 18.

⁵² No hizo falta modificar el «Pacto de Nochebuena» de 1996 porque el modelo de explotación de los derechos previsto en el mismo ya contemplaba la emisión de un partido en abierto cada jornada de la Liga, pero el procedimiento de elección de los partidos era distinto del previsto en la nueva Ley de Emisiones y Retransmisiones de Acontecimientos Deportivos y no daba siempre preferencia al operador de televisión en abierto. No obstante, este aspecto del contrato fue respetado en la práctica por las televisiones, en particular por las de la FORTA, a quienes correspondía el derecho para las emisiones en abierto, conforme al «Pacto de Nochebuena».

⁵³ El coste de los derechos audiovisuales de los clubes españoles viene siendo muy considerable: oscila entre 540 y 733 millones de euros al año, en el período 2006-10. Sin embargo, no supera al de otras Ligas europeas: la Liga inglesa obtuvo 830 millones en 2006-07, y la italiana 850 millones en 2007-08, por derechos audiovisuales (Informe de la CNC sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España, 2008, págs. 12 y 13).

⁵⁴ En efecto, Telefónica, principal accionista de Vía Digital, plataforma que carecía de derechos de fútbol, conseguía una participación de 40% en el capital y en el Consejo de Administración de la sociedad, que, conforme al «Pacto de Nochebuena», debía administrar los

exclusiva del «pago por visión» de CSD con VD en la temporada 1997-1998, pero eso no supuso el final del pleito porque GMA emprendió la adquisición anticipada de una nueva ronda de contratos con los clubes de fútbol, para reforzar a VD. Si los vigentes abarcaban desde la temporada 1998-99 a la temporada 2002-03, GMA negoció contratos con los clubes para las temporadas futuras comprendidas entre la 2003-04 y la 2008-09, consiguiendo hasta trece contratos de este tipo. Sogecable celebró también, por su parte, nuevos contratos con otros clubes. Finalmente, en julio de 1999 se terminó esta «segunda guerra» con un acuerdo en virtud del cual ambos operadores aportaron todos los nuevos contratos a Audiovisual Sport⁵⁵.

El tercer conflicto ha enfrentado a AVS con Mediapro (empresa especializada en la producción audiovisual y la gestión de derechos deportivos e indirectamente socio de referencia de La Sexta) y su origen recuerda el de los precedentes, por la adquisición anticipada de una nueva tanda de contratos con los clubes de fútbol para las temporadas 2009-10 y siguientes por parte de Mediapro. A ese respecto existe un litigio que versa sobre el cumplimiento del acuerdo suscrito por ambas sociedades en julio de 2006⁵⁶.

Esta sucesión de conflictos pone de manifiesto la persistencia y la importancia de los problemas jurídicos en este sector. Puede encontrarse una reflexión interesante sobre el fundamento de los mismos en un Informe de la Comisión Nacional de la Competencia elaborado en 2008⁵⁷, del cual cabe destacar las siguientes afirmaciones:

— El mercado español de adquisición y de explotación de los derechos audiovisuales del fútbol se fundamenta en el «derecho de oposición» del equipo visitante y no en el «derecho de arena» del equipo local. En efecto, para emitir un partido no basta la autorización del equipo local, sino que es necesaria además la aquiescencia del equipo visitante. Este derecho de oposición no tiene propiamente entre nosotros un estatus legal, sino que deriva de un Reglamento de la Federación Española de Fútbol que tiene un carácter de autorregulación. Además, este precepto, o mejor el acuerdo de la Asamblea federati-

derechos del fútbol de su competidora Canal Satélite Digital, titular de la exclusiva del *pay per view* hasta 2002-03.

⁵⁵ Telefónica y Sogecable acordaron compartir también los derechos de tres temporadas de la Champions League (desde la temporada 2000-01 hasta la temporada 2002-03).

⁵⁶ En primera instancia, la sentencia de 15 de marzo de 2010 del Juzgado núm. 36 de Madrid ha declarado el incumplimiento por Mediapro del referido acuerdo de 24 de julio de 1996, condenándole a aportar los derechos de sus clubes a la demandante y al pago de una indemnización.

⁵⁷ Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España (2008).

va que lo aprobó, podría constituir un pacto restrictivo de la competencia.

— Una consecuencia del derecho de oposición es que el sistema de venta individual por los clubes de sus derechos audiovisuales no puede funcionar correctamente si no se completa con la posterior puesta en común (*pooling*) de los derechos adquiridos por los distintos operadores. Así se hizo en España desde 1997 a 2009, utilizando a esos efectos la sociedad AVS, participada en cada momento por los operadores que adquirieron originalmente los contratos de los clubes y que recibió el encargo de gestionar todos los contratos puestos en común.

— En efecto, salvo que un solo operador haya adquirido los derechos de todos o casi todos los clubes, la puesta en común es imprescindible para poder aumentar el número de partidos que se emiten. La propia CNC pone en su Informe de 2008 el siguiente ejemplo: «si dos operadores cuentan con 10 clubes de Primera División cada uno, entre los dos sólo podrán explotar 180 partidos de Liga por temporada, a razón de 90 cada uno, mientras que si acuerdan coordinarse pueden explotar los 380 partidos del campeonato. De la misma manera, si por ejemplo un adquirente cuenta con quince clubes y otro con cinco, sólo podrán retransmitir 210 y 20 partidos, respectivamente; en todo caso, un número inferior a los 380 que podrían retransmitirse si existiese coordinación».

— El sistema de puesta en común de los contratos no debe ser necesariamente considerado como anticompetitivo si se acompaña de:

- a) garantías que eviten el cierre del mercado (por ejemplo, una duración máxima de tres años o de tres temporadas, de los nuevos contratos con los clubes⁵⁸, o la prohibición de comprar derechos futuros salvo en el período inmediatamente precedente al vencimiento de los contratos en vigor), y
- b) garantías que impidan el trato discriminatorio a la hora de la cesión de los derechos a los distintos operadores interesados por parte de la sociedad encargada de la gestión común, para evi-

⁵⁸ El Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó con condiciones la integración de Vía Digital en Sogecable, de 29 de noviembre de 2002, fija el límite en tres años, mientras que, de forma más adecuada a la naturaleza de este mercado, el Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó con condiciones la toma de control exclusivo de Sogecable en AVS, de 23 de marzo de 2007, se refiere a tres temporadas. La Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, expediente S/0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubes de Fútbol de 1.ª y 2.ª División, exceptuó del límite citado a los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en este expediente cuya vigencia no vaya más allá de la temporada 2011-12, aun cuando su duración sea superior a tres temporadas, en consideración al contexto jurídico preexistente en los mercados afectados por las conductas restrictivas acreditadas en el mismo, y en aplicación de los artículos 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

tar que se privilegie a las televisiones con las que los socios de la gestora están verticalmente integrados.

— El sistema de venta centralizada por la entidad organizadora de la competición —en su condición de titular o cotitular de los derechos o como cesionaria de los clubes— tiene en principio características anticompetitivas, pero la Comisión Europea lo ha autorizado para las competiciones organizadas por la UEFA con determinadas condiciones (en particular, la prohibición de ceder globalmente todos los derechos a un solo operador en cada país). También se practica la venta centralizada, con autorización de la Comisión Europea, en Alemania, Gran Bretaña y Francia, y ha entrado en vigor en Italia, donde este sistema ha sido establecido por ley para sustituir a partir de la temporada 2010-11 a la venta individual sin derecho de oposición del equipo visitante.

— Y aunque puede desprenderse del Informe una cierta preferencia implícita, o al menos una actitud comprensiva, para una eventual implantación en el futuro del sistema de venta centralizada en España (no hay que olvidar que ya funcionó esta fórmula en el pasado, a través de la Liga), el Informe de la CNC no llega a propugnarlo. Entre otras razones, porque el sistema de venta individual con posterior *pooling* de derechos muestra varias ventajas:

- a) preserva la competencia «aguas arriba» en la adquisición de derechos;
- b) puede tener efectos muy favorables para los consumidores, como se ha demostrado en España en este período, al ser el único país de Europa donde se suelen emitir en televisión todos los encuentros de Primera División e incluso parte de los de Segunda (lo que no suele ocurrir en los sistemas de venta centralizada, para maximizar la rentabilidad de la explotación); y
- c) aunque este sistema permite retribuciones muy diferenciadas entre los grandes clubes y los pequeños (el Real Madrid y el Barcelona reciben el 44% de lo recaudado por derechos audiovisuales de todos los clubes de primera división), «en las últimas 10 temporadas, encontramos que el reparto de títulos entre los equipos de la Liga española es de hecho superior a los de otras ligas con venta centralizada (inglesa, francesa y alemana)»⁵⁹, en las que el grado de dominación de un equipo ha sido mucho más patente.

⁵⁹ Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España (2008), págs. 91-92.

En definitiva, en este asunto decisivo para el desarrollo de las televisiones, las dificultades jurídicas y las circunstancias económicas forman un entramado particularmente complejo que todavía no se ha resuelto adecuadamente, a pesar de la Ley 21/1997 y de las decisiones que las autoridades de defensa de la competencia han adoptado acerca de los contratos sobre los derechos audiovisuales del fútbol que han celebrado los operadores a lo largo de estos años⁶⁰.

VI. LA TRANSICIÓN A LA TDT

La digitalización, o más concretamente la definitiva sustitución de la televisión analógica por la TDT, ha supuesto un cambio tecnológico que ha cambiado completamente los fundamentos del modelo inicial de televisión privada y ha dado lugar, en la tercera etapa del proceso de institucionalización, no sólo a una renovación muy importante de la legislación —que más tarde culminará con la Ley General de Comunicación Audiovisual—, sino también a una modificación estructural de este mercado⁶¹.

En este sentido, lo primero que destaca es la determinación e incluso el voluntarismo con que el Gobierno ha procurado acelerar ese cambio tecnológico y ha implantado a la vez un modelo televisivo que implicaba una auténtica refundación, porque rompía con algunas de las características principales del modelo inicial.

⁶⁰ Concretamente: la Resolución del expediente 319/92 del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), sobre las cesiones de derechos realizadas en el sistema de administración centralizada por la Liga; los expedientes comunitarios AVS I (Asunto IV/36.438), que autorizó la constitución de AVS el 24 de junio de 1998, y AVS II (Asunto COMP/37.652), relativo al acuerdo de 11 de julio de 1999 por el que Telefónica, Sogecable y TV3 extendieron el acuerdo AVS hasta la temporada 2008-09; el Informe del TDC sobre la integración en Sogecable de Vía Digital, de 2002 (Informe C 74/02 del TDC); el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2002 por el que se subordina la autorización de la integración de DTS en Sogecable al cumplimiento de determinadas condiciones relativas al mercado de retransmisión televisiva de acontecimientos futbolísticos; el Informe del TDC sobre la toma de control exclusivo de Sogecable en AVS, que estaba prevista en el acuerdo de AVS con Mediapro de 24 de julio de 2006, aunque no ha sido ejecutada (Informe C 102/06 del TDC), y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2007 por el que se subordina la autorización al cumplimiento de determinadas condiciones. Asimismo, la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, expediente S/0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubes de Fútbol de 1.^a y 2.^a División, que declaró que el acuerdo de puesta en común en AVS de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol y de configuración de un modelo de explotación de dichos derechos, recogido en las cláusulas primera, segunda, tercera y quinta del contrato de 24 de julio de 2006, firmado por Sogecable, AVS, Mediapro y TVC Cataluña, en lo que afecten a las temporadas 2009-10 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁶¹ Sobre este proceso, Manuel URRETAVIZCAYA HIDALGO, *La nueva televisión digital en el universo multimedia*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, San Sebastián, 2008.

El Primer Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal (Real Decreto 2169/1998) había fijado como fecha final para la transición del analógico al digital el 1 de enero de 2012. Una previsión que resultó ser coincidente con la Comunicación de la Comisión Europea de 2005 que planificó el «apagón analógico» para comienzos de 2012 para el conjunto de la UE⁶². Sin embargo, el Segundo Plan Técnico español de TDT, que se aprobó en julio de 2005 (Real Decreto 944/2005), dos meses después de la citada Comunicación de la Comisión Europea, fue más ambicioso y anticipó el «apagón» al 3 de abril de 2010 y la previsión se cumplió, de modo que las emisiones con tecnología analógica, de cobertura estatal o autonómica, cesaron en esa fecha. El mencionado Real Decreto no justificó el adelanto con argumentos técnicos, porque atendía a razones de otra naturaleza: la nueva fecha coincidía con el final del período de diez años para el que se prorrogaron las tres concesiones iniciales de televisión privada el 3 de abril de 2000⁶³, y esa misma circunstancia revela la voluntad de cambiar el sistema sin demoras.

De este modo, aunque el calendario español no ha sido excepcionalmente acelerado en el contexto de la Unión Europea (porque el apagón analógico había ocurrido antes en Holanda, Luxemburgo, Finlandia, Suecia y Alemania), sí ha sido más rápido que en algunos de sus principales Estados (Francia, Italia e incluso el Reino Unido, donde está previsto que la transición a la TDT termine en 2012).

A finales de marzo de 2010, el grado de cobertura alcanzado por la TDT en España era muy elevado: superaba ya el 98% de la población española⁶⁴. Iba más retrasada la penetración efectiva de este servicio: el 89% de los hogares españoles tenían capacidad de acceso a la TDT, una penetración que era, sin embargo, muy superior a la existente, en parecidas fechas, en el Reino Unido (71%), en Francia (48%) o en Italia (56%)⁶⁵. Lógicamente, había diferencias regionales en la penetración de la TDT y este proceso estaba más adelantado en Comunidades como Cataluña, Madrid, Castilla-La Mancha y Aragón. En todo caso, la audiencia de la TDT en España ya había superado en agosto de 2009 a la televisión analógica, consiguiendo una cuota de pantalla de 40% frente a 38% de esta última⁶⁶, y alcanzó en abril de 2010, en el mes del «apagón», un *share* de 78,4%⁶⁷.

⁶² COM (2005) 204 final: *Accelerating the transition from analogue to digital broadcasting*.

⁶³ En este sentido, Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La radiotelevisión digital terrestre. Estudio jurídico de los medios de difusión por ondas ante el progreso tecnológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 164-165.

⁶⁴ Información del organismo Impulsa TDT en su página web, <http://www.impulsatdt.es/>.

⁶⁵ Información del organismo Impulsa TDT en su página web. <http://www.impulsatdt.es/>.

⁶⁶ Declaraciones del Secretario de Estado de Comunicaciones el 4 de septiembre de 2009 en Santander.

El Plan Técnico de TDT de 2005 supuso una completa rectificación del Primer Plan de 1998. Aprendiendo del fracaso de Quiero TV, el Gobierno de Rodríguez Zapatero se inclinó, en principio, por una estrategia de Televisión Digital Terrestre en abierto y no de pago. Para implementar esta política utilizó las concesiones que Quiero TV había devuelto al Estado y las reasignó entre los operadores existentes. De entrada, a cada uno de los tres concesionarios privados iniciales (Telecinco, Antena 3 y Sogecable) les correspondió un canal digital, para la emisión simultánea (*simulcast*) de su programación analógica. Además, el nuevo Plan permitió que estos operadores obtuvieran dos canales más, a cambio de asumir diversos compromisos de interés general. Así, y sin que la enumeración pretenda ser exhaustiva, debían: participar financieramente en una entidad dedicada a promover la TDT, suministrar información para elaborar la guía electrónica de programas, introducir servicios interactivos en el primer año de emisión, cesar gradualmente las emisiones en analógico antes del «apagón», conforme a los planes correspondientes, o presentar un 30% de su programación con versiones dobladas en dos lenguas oficiales en España⁶⁸. Los tres concesionarios iniciales aceptaron estos compromisos y, por lo tanto, Antena 3, Telecinco y Sogecable accedieron a tres canales de TDT cada una de ellas.

Además, Net TV y Veo TV, es decir, las dos televisiones de TDT en abierto que en el año 2000 habían recibido una concesión, de conformidad con el primer Plan Técnico de la TDT, recibieron ahora otro canal digital. Y, por otra parte, La Sexta recibió también dos canales digitales. Es decir, un total de quince canales privados de TDT de cobertura estatal, además de los cinco públicos de RTVE. Adicionalmente, se previó que en cada demarcación se pudieran recibir hasta cuatro canales de cobertura autonómica y cuatro locales, algunos de los cuales de titularidad pública y otros privados.

De este modo se configuró una oferta en TDT muy amplia, y estaba además previsto su crecimiento después del «apagón analógico» para lograr que cada una de las televisiones privadas de ámbito estatal pudiera operar un múltiple de cuatro canales y RTVE dos múltiples (esto es, ocho canales), y que las Comunidades Autónomas dispusieran de dos múltiples digitales con cobertura autonómica⁶⁹. Se contempla-

⁶⁷ Información del organismo Impulsa TDT en su página, web <http://www.impulsatdt.es/>.

⁶⁸ Disposición transitoria cuarta del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre.

⁶⁹ Disposición adicional tercera del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre. Sin embargo, como señala Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, en su artículo sexto, ha condicionado la atribución

ba también que uno de los múltiples de RTVE y uno de los de cada Comunidad Autónoma pudieran realizar desconexiones territoriales (respectivamente, en los ámbitos autonómico y provincial), mientras que los múltiples de las televisiones privadas de ámbito estatal no habrían de tener esa capacidad.

La viabilidad económica de esta amplia oferta de televisión digital desde el principio pareció problemática. Así lo revela, por ejemplo, por lo que se refiere a las televisiones locales, el hecho de que en 2008 grupos importantes, como Vocento y Prisa, optaran por salir de este negocio.

Paradójicamente, en víspera del «apagón» analógico se pusieron en funcionamiento dos nuevas televisiones en abierto con tecnología analógica: Cuatro y La Sexta.

El nacimiento de Cuatro necesitó la modificación del contrato concesional firmado en 1989 por Canal Plus (después Sogecable). En efecto, en julio de 2005, el Consejo de Ministros accedió a la petición de Sogecable de modificar ese contrato para suprimir un requisito que derivaba de la oferta presentada en su día por Canal Plus, pero que no venía impuesto por las bases del concurso, y que consistía en la limitación a seis horas diarias de la emisión en abierto (el resto del tiempo habría de ser en codificado). El Gobierno consideró que los cambios acaecidos en el mercado televisivo en los últimos quince años⁷⁰, así

de este segundo múltiple de cobertura autonómica a las competencias establecidas en cada Estatuto de Autonomía, de tal forma que sólo algunas Comunidades podrán acceder a este segundo múltiple, una vez producido el apagón (*La radiotelevisión digital terrestre. Estudio jurídico de los medios de difusión por ondas ante el progreso tecnológico, op. cit.*, págs. 256-257).

⁷⁰ La Exposición de Motivos de este Acuerdo alude, entre otras, a las siguientes circunstancias:

«El exitoso desarrollo del sector desde entonces y hasta la fecha se ha hecho patente para todos: 2004 ha sido el año más brillante para el sector de la televisión en abierto en España y, en particular, para las cadenas Gestión Telecinco, S.A. y Antena 3 de Televisión, S.A. La saturación del mercado publicitario televisivo es apreciable: el año pasado creció un 15 %, y en los últimos cinco años, según fuentes del propio sector, las tarifas medias (nominales) de las cadenas de televisión se han multiplicado hasta en un 300%. Los analistas del sector audiovisual en nuestro país señalan que en el mercado de la publicidad en televisión hay claramente espacio para más intervinientes. De hecho, se podría decir que las cadenas actuales gozan del privilegio de una ventaja de situación derivada de un mercado imperfecto».

«Mantener la situación actual de saturación no es positivo para ninguno de los agentes interesados: ni para los telespectadores, que ven cómo la calidad de las cadenas se deteriora por la excesiva carga de publicidad, ni para los anunciantes, que ven cómo su inversión publicitaria se multiplica al tiempo que pierde valor y efectividad, ni para las cadenas, en el sentido de que su relación con los organismos reguladores se dificulta progresivamente (sucesivas y crecientes sanciones por exceso de emisiones publicitarias en 2003 y 2004)».

como razones de interés público (en particular, el mayor acceso al servicio público por parte de los ciudadanos y el fomento del pluralismo), justificaban el cambio solicitado por Sogecable. En consecuencia, el Consejo de Ministros otorgó la autorización correspondiente, previo dictamen favorable del Consejo de Estado. El 7 de noviembre de 2005 comenzaron las emisiones de Cuatro, la nueva televisión en abierto de Sogecable⁷¹.

El nacimiento de La Sexta, que iba a ser la cuarta concesionaria de televisión privada, precisó que se suprimiera previamente el límite de tres concesiones que había establecido la Ley 10/1988. Ese cambio fue realizado en 2005, mediante la Ley 10/2005, de 14 de junio. Esta Ley, denominada como «Ley de medidas urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre», permitió modificar el Plan Técnico de Televisión Privada (Real Decreto 946/2005, de 29 de julio) y convocar el concurso correspondiente para el nuevo canal, que fue resuelto por el Consejo de Ministros en el mes de noviembre de 2005 en favor de Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta. El nuevo canal inició sus emisiones el 27 de marzo de 2006. Los accionistas iniciales de La Sexta eran un consorcio de productoras audiovisuales denominado Grupo Audiovisual de Medios de Producción, con el 60% del capital⁷², y Televisa, dueña del 40% restante.

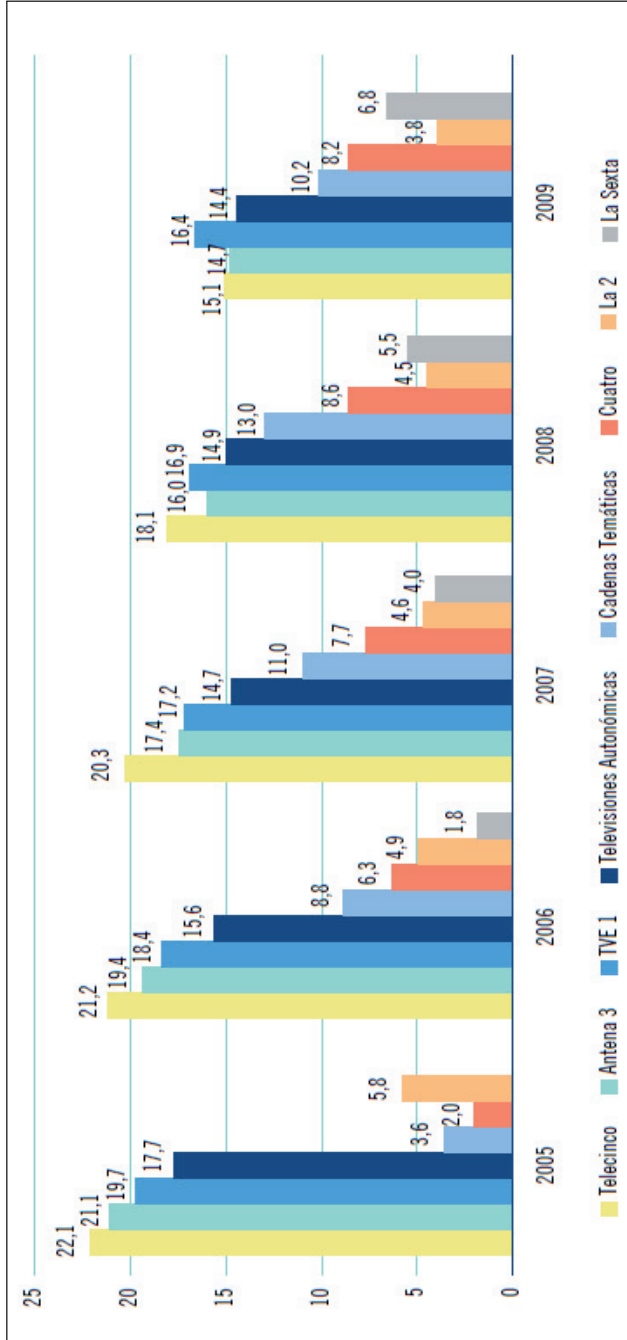
La implantación de la TDT y la ampliación de la oferta de televisión analógica contribuyeron a aumentar la fragmentación de las audiencias. El cuadro 2, tomado del informe publicado por la CMT relativo al ejercicio 2009, ilustra claramente esta fragmentación. Este gráfico revela que ya en 2008 ninguna televisión conseguía llegar al 20% de audiencia y que los nuevos entrantes (las televisiones temáticas, Cuatro y La Sexta) crecían a costa de los operadores ya establecidos (Telecinco, Antena 3 y TVE 1 y TVE 2 y las televisiones autonómicas), los cuales retrocedían en audiencia. En 2009 esas pautas generales se vieron confirmadas, aunque retrocedió la audiencia de las televisiones temáticas y de Cuatro.

En este contexto, el Gobierno decidió introducir la TDT de pago (o, mejor dicho, reintroducirla, porque ya fue ensayada sin éxito por Quiero TV). El instrumento utilizado para hacerlo fue un Real Decreto-Ley aprobado el 13 de agosto de 2009, cuya urgencia se justificaba por la necesidad de favorecer la implantación de la TDT con conteni-

⁷¹ En consecuencia, la programación de Canal Plus pasó a distribuirse solamente dentro de la oferta satelital de pago de Digital +.

⁷² Los socios de referencia del accionista mayoritario, GAMP, son Globomedia y Mediapro. A finales de 2006, GAMP redujo su participación al 51%, al incorporarse Gala Capital al accionariado de La Sexta.

Cuadro 2
Evolución de los índices de audiencia desde 2005* (porcentajes)



* Audiencias medias anuales.
 Nota: La audiencia de las cadenas temáticas no recoge la audiencia obtenida por las temáticas de pago, que fue de 7,5 puntos en 2009.
 Fuente: TNS Sofres.

dos *premium* que pudieran suponer un incentivo para acelerar el proceso de «antenización»⁷³ (justificación discutible y que de hecho fue rechazada por la oposición con ocasión del debate parlamentario sobre la convalidación de este Decreto-Ley). El nuevo Real Decreto-Ley autorizó a las televisiones privadas de ámbito estatal a explotar, total o parcialmente, en la modalidad de pago mediante acceso condicional uno de los canales digitales de su titularidad. Y es lo que hizo La Sexta, sustituyendo el programa Hogar 10, que emitía hasta entonces en uno de sus canales digitales, por Gol TV, su canal de fútbol que antes se distribuía solamente por las redes de los operadores de cable⁷⁴. Sin embargo, la puesta en marcha de la TDT de pago suscitó bastante confusión en el mercado⁷⁵ y de entrada tuvo un limitado impacto comercial⁷⁶.

En todo caso, la estructura del mercado de la televisión de pago en 2009 era la que se refleja en el cuadro 3, que muestra una clara preponderancia de la televisión por satélite, seguida del cable y de la televisión por Internet, que estaba creciendo a costa de las dos modalidades anteriores. La TDT de pago ocupaba un lugar marginal.

La crisis publicitaria afectó también a la evolución del sector televisivo. Y es que en 2008, además de las burbujas financiera e inmobiliaria, se desinfló también la burbuja publicitaria y lo hizo de forma muy rápida, según los datos de Infoadex⁷⁷. En efecto, el ciclo alcista de la in-

⁷³ En el tercer trimestre de 2009, el 77,4% de los edificios tenía antenas colectivas adaptadas para acceder a la TDT (según informa el organismo Impulsa TDT en su página web, <http://www.impulsatdt.es/>).

⁷⁴ Parece probable que la urgencia de este Real Decreto-Ley de 13 de agosto de 2009 esté relacionada con el lanzamiento de Gol TV en TDT en coincidencia con el arranque de la Liga, que tuvo lugar, como en anteriores temporadas, a finales de agosto.

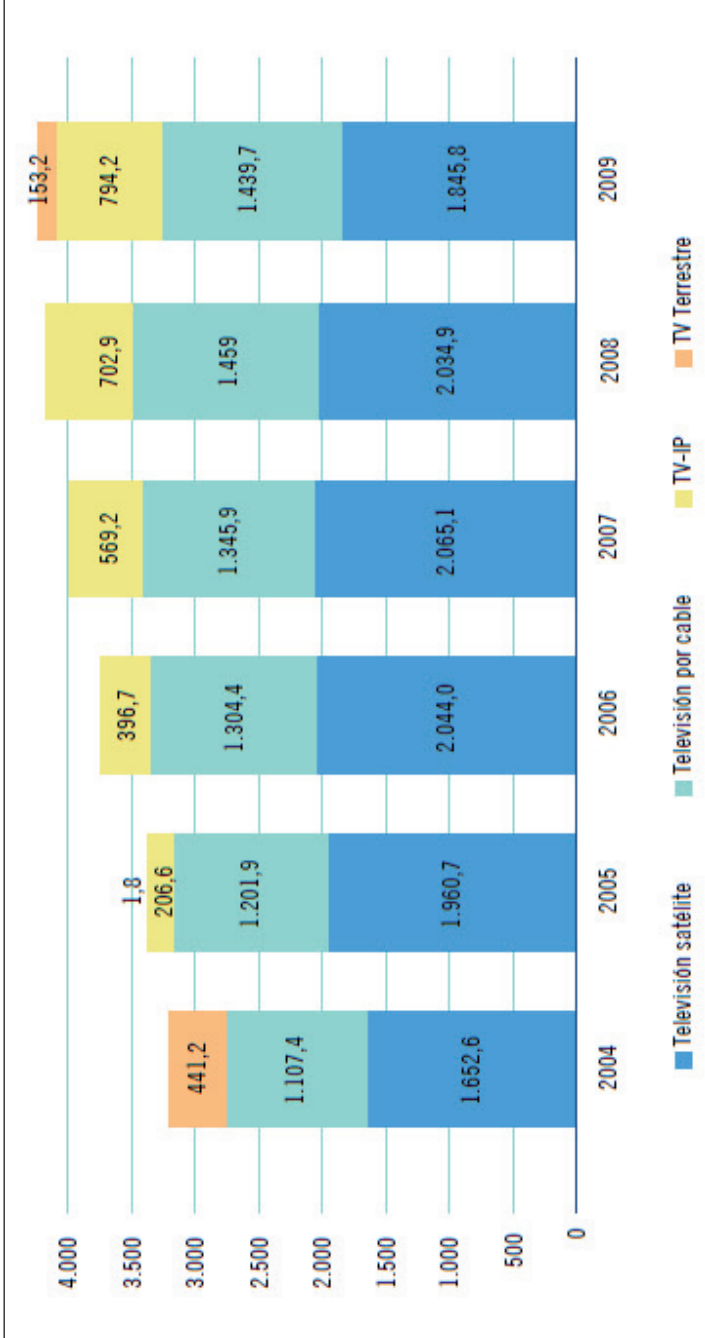
⁷⁵ Los 21 millones de sintonizadores hasta entonces vendidos no eran verdaderos descodificadores (carecían de ranura para insertar tarjetas inteligentes y no tenían capacidad para proporcionar acceso condicional). De hecho, a principios de septiembre, los descodificadores necesarios para la TDT de pago aún no estaban disponibles en los establecimientos comerciales y la propia página web de Impulsa TDT, el organismo oficialmente encargado de promover la TDT, confirmaba esta falta de disponibilidad (en el apartado de Preguntas frecuentes y en relación con las principales características de los sintonizadores, esta página web ofrecía definiciones de las distintas clases de sintonizadores existentes y respecto de los sintonizadores con tarjeta inteligente afirmaba: «este tipo de sintonizadores TDT aún no están disponibles en España», <http://www.impulsatdt.es/vertical/preguntas-frecuentes/#caract>). Sólo había en oferta dispositivos CAM, adaptables únicamente a los televisores más modernos (posteriores al 1 de enero de 2008) y que, además, sólo eran compatibles con ciertas marcas y modelos de televisor.

⁷⁶ En 2009, Gol TV consiguió 153.151 abonados nuevos en la TDT (ver datos del cuadro 3), pero creció significativamente su distribución por parte de los operadores de cable y de televisión por ADSL. Su competidor era Canal + Liga, el canal de fútbol que también acababa de lanzar Digital +, la plataforma de satélite de Sogecable. Los dos nuevos canales temáticos de fútbol se lanzaron con una cuota mensual similar (en torno a 15 € al mes).

⁷⁷ Estudio Infoadex de la Inversión Publicitaria en España 2009 (Resumen), págs. 9 a 14.

⁷⁷ Estudio Infoadex de la Inversión Publicitaria en España 2009 (Resumen), págs. 9 a 14.

Cuadro 3
Evolución del número de abonados a la televisión de pago por medio de transmisión* (miles de abonados)



* No incluye la televisión por móvil.

Fuente: CMT.

versión publicitaria que venía desarrollándose en España de forma interrumpida desde 2002 terminó en 2008 bruscamente. También disminuyó la participación de la inversión publicitaria en el PIB, que en 2008 quedó reducida a 1,36% del PIB. El cambio de tendencia fue drástico en el conjunto de los medios convencionales, que registraron una caída de 11% de la inversión publicitaria. Y dentro de los medios convencionales sufrió especialmente la prensa escrita (con una caída en las ventas de publicidad de 20% en los diarios, 22% en los dominicales y 14% en las revistas). Pero las televisiones nacionales y autonómicas también acusaron el golpe de la crisis, con una reducción interanual de 11,1%, que se agravó en 2009, con una caída de 23,2%. De forma que, en comparación con 2007, el sector televisivo perdió más de 1.000 millones de inversión publicitaria (cuadro 4).

Cuadro 4
Inversión publicitaria en medios convencionales

	2009	Porcentaje incremento 2009-08	2008	Porcentaje incremento 2008-07	2007
Diarios	1.174,1	-22,1	1.507,9	-20,4	1.894,4
Dominicales	68,9	-33,7	103,9	-22,2	133,5
Revistas	401,9	-34,9	617,3	-14,5	721,8
Radio	537,3	-16,3	641,9	-5,3	678,1
Cine	15,4	-26,5	21,0	-45,4	38,4
Televisión*	2.368,4	-23,2	3.083,9	-11,1	3.468,6
Exterior	401,4	-22,6	518,3	-8,8	568,0
Internet*	661,0	8,4	610,0	26,5	482,4
TOTAL	5.628,3	-20,8	7.104,3	-11,1	7.985,1

* Cifras provisionales estimadas por Infoadex a 11-02-2010.

Fuente: Infoadex.

En este contexto tan depresivo es como hay que analizar dos importantes iniciativas legislativas del Gobierno. La primera de ellas consistió en la prohibición total de la publicidad y del patrocinio en Televisión Española, que se estableció mediante la Ley 8/2009, de 28 de

agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. Está fuera de toda duda que el origen y la explicación de esta importante reforma —desde hacía tiempo solicitada por las televisiones privadas— estaba en la situación del mercado publicitario, y así se reconoció expresamente durante el debate parlamentario de este proyecto. Pero en el fondo la Ley 8/2009 no supuso un cambio completo de política, sino que más bien culminó la tendencia a restringir la publicidad en Televisión Española que se había puesto de manifiesto durante los años anteriores. En efecto, la Ley 17/2006, de 5 de junio, ya había posibilitado que se fijaran para Televisión Española limitaciones adicionales a las vigentes con carácter general para la emisión de la publicidad televisiva. En consecuencia, Televisión Española pasó del máximo permitido de doce minutos por hora de emisión publicitaria a once minutos en 2008 y a diez minutos en 2009⁷⁸. Pero la prohibición total de la publicidad era un cambio más radical que exigía replantear por completo la financiación de RTVE.

En este sentido, la Ley 8/2009 ha previsto sustituir los ingresos publicitarios con nuevos recursos, adicionales a los que se consignan anualmente en los Presupuestos Generales del Estado, para compensar a RTVE por el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público. Los nuevos ingresos han de proceder de los operadores privados de televisión y telecomunicaciones, que trasvasarán de este modo fondos a la televisión estatal⁷⁹. Se trata, concretamente, de los siguientes recursos:

- a) 80% de lo recaudado por la tasa sobre reserva del dominio público radioeléctrico que satisfacen los operadores de televisión y de telecomunicaciones. Lo aportado por esta vía tiene un tope anual de 330 millones de euros.
- b) 0,9% de los ingresos brutos de los operadores de telecomunicaciones que presten el servicio telefónico fijo, el servicio telefónico móvil o sean proveedores de acceso a internet. Esta aportación no podrá superar 25% de los ingresos anuales previstos de RTVE.
- c) 3% de los ingresos brutos de los operadores de televisión en abierto. Esta aportación no podrá superar 15% de los ingresos anuales previstos de RTVE.
- d) 1,5% de los ingresos brutos de los operadores de televisión de acceso condicional. Esta aportación no podrá superar 20% de los ingresos anuales previstos de RTVE.

⁷⁸ Leyes de Presupuestos Generales del Estado de 2008 y 2009.

⁷⁹ Están previstas, además, otras fuentes de ingreso de RTVE (por ejemplo, los ingresos que obtenga en el ejercicio de sus actividades, las rentas de su patrimonio, etc.).

Estas nuevas fuentes de recursos son las principales y, aunque puede ser objetable que los operadores privados tengan que contribuir con un porcentaje de su cifra de negocios a la televisión estatal, semejante financiación podría tener una cierta justificación coyuntural, en la medida en que pueden resultar beneficiados por la prohibición de que ésta venda publicidad o preste servicios de acceso condicional. Esta segunda limitación es, de todas formas, menos relevante que la cesación de la publicidad y por eso parece menos justificada la contribución compensatoria de las televisiones de pago. En todo caso, hay que tener en cuenta que la Comisión Europea ha aprobado el nuevo sistema de financiación, considerando que no ofrece una compensación excesiva a RTVE⁸⁰, aunque queda todavía por resolver la cuestión de si el gravamen impuesto a los operadores de telecomunicaciones es conforme a las normas sobre redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002)⁸¹.

La segunda reforma legal, también estrechamente relacionada con la crisis del mercado publicitario, consistió en el Real Decreto-Ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (que posteriormente dio lugar a la Ley 7/2009, de 3 de julio), que abrió la puerta a operaciones de concentración de las televisiones privadas, a fin de provocar «las sinergias necesarias para garantizar la estabilidad de los operadores presentes», según lo reconoce el preámbulo de esta norma. Sin embargo, esta legislación prohibió adquirir una participación significativa (superior al 5%) en más de una concesionaria en aquellos supuestos que se consideran una amenaza para el pluralismo informativo⁸². Son los siguientes: en relación con las concesionarias de ámbito autonómico, cuando acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores a la capacidad de un múltiple y, en relación con las concesionarias de ámbito estatal, cuando:

- i) la audiencia media del conjunto de los canales de las concesionarias consideradas supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición;
- ii) acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores a la capacidad de dos múltiples; y
- iii) la adquisición suponga impedir la existencia de al menos tres concesionarios.

⁸⁰ Comunicado de la Comisión de 20 de julio de 2010.

⁸¹ A este respecto, la Comisión Europea ha decidido demandar a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una decisión similar ha sido adoptada en relación con Francia. Comunicado de la Comisión de 14 de marzo de 2011.

⁸² Artículo 2 del RDL 1/2009 y de la Ley 17/2009, que modifican el artículo 19.1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

A la vista de estos límites, parece que la principal preocupación del legislador ha sido impedir que caigan bajo control conjunto Telecinco y Antena 3, porque ésa es la operación vedada por el tope de audiencia de 27%, que constituye el límite más estricto. De modo que este límite de audiencia —al igual que otros existentes en la legislación de diferentes países— no resulta de un modelo abstracto sobre la mejor estructura del mercado televisivo, sino que responde bien al interés oportunista que el legislador quiere garantizar⁸³.

En todo caso, desde la aprobación de esta reforma los distintos operadores de televisión privada iniciaron conversaciones para explorar posibles operaciones de concentración⁸⁴ y ya han alcanzado un acuerdo en este sentido: la aportación de Cuatro a Telecinco⁸⁵. En definitiva, es previsible que la multiplicación de la oferta televisiva y la fragmentación de la audiencia, impulsadas por la implantación de la TDT, puedan resultar limitadas, o al menos parcialmente contrarrestadas, por operaciones de consolidación y concentración empresarial entre operadores privados, destinadas a conseguir una mayor dimensión para hacer frente a la crisis.

VII. OBSERVACIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RADIO

El régimen jurídico de la radio privada ha seguido una evolución parecida a la de la televisión, aunque menos accidentada y también en cierto sentido adelantada respecto de ésta, porque anticipó algunos rasgos que posteriormente ha adoptado la legislación televisiva.

El Estatuto de Radio Televisión de 1980 reservó la actividad radiofónica al sector público (aunque en este caso se limitó a confirmar el planteamiento constante del legislador español desde principios de siglo xx⁸⁶). Sin embargo, en vez de configurar un rígido monopolio estatal, como el de la televisión, el propio Estatuto (Disposición adicio-

⁸³ Un planteamiento teórico al respecto puede verse en Miguel SATRÚSTEGUI, «El pluralismo informativo», *Claves de Razón Práctica*, núm. 148, 2004, págs. 40-48.

⁸⁴ Prisa e Imagina —el accionista de referencia de GAMP, socio mayoritario de La Sexta— negociaron para unir sus respectivos negocios audiovisuales, aportándolos a una sociedad participada por ambos (Comunicación de Hecho Relevante de Prisa, 109465, de 4 de junio de 2009). Después de que esas negociaciones fracasaran, los dos participantes anunciaron su intención de explorar alianzas o fusiones alternativas con otros operadores.

⁸⁵ Prisa y Telecinco han llegado a un acuerdo para integrar sus negocios de televisión en abierto mediante la aportación de Cuatro a Telecinco a través de un canje de acciones, como resultado del que Prisa tendrá el 18,37% de Telecinco. Asimismo, han acordado la entrada de Telecinco en la televisión de pago de Prisa adquiriendo el 22% del capital de la sociedad titular de Digital + por unos 500 millones de euros (Hechos Relevantes de Gestevisión Telecinco, 118006, y de Promotora de Informaciones, S.A., 118007, ambos de 18 de diciembre de 2009).

⁸⁶ Respecto a los antecedentes, Enrique LINDE, José María VIDAL y Sara MEDINA, *Derecho Audiovisual*, Colex, Madrid, 2009, págs. 338 y ss.

nal primera) contempló la gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora por los particulares, como ya venía ocurriendo en nuestro ordenamiento.

Todavía en el curso de la etapa fundacional, la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 (LOT)⁸⁷ actualizó el régimen jurídico de las concesiones de radio. Consideró que podrían ser otorgadas tanto a personas físicas como a personas jurídicas y que estas concesiones serían transferibles con autorización administrativa. Hay que recordar que, siguiendo el criterio opuesto, el legislador al año siguiente consideraría intransferibles las concesiones de televisión privada⁸⁸, y esa prohibición sólo ha sido corregida por la LGCA, al regular de forma general los negocios sobre las licencias. De ese modo, se posibilitó el desarrollo de un mercado de emisoras de radio, instrumentado mediante transacciones sobre las concesiones o sobre las acciones de las sociedades concesionarias, cuya transmisión también estaba sujeta a autorización administrativa. Ese mercado ha facilitado la formación de cadenas radiofónicas de alcance nacional, a pesar del carácter local de las concesiones. Las cadenas radiofónicas (basadas en vínculos de propiedad y en otros vínculos contractuales) han sido de hecho las protagonistas por audiencia, aunque no han tenido un reconocimiento explícito hasta la LGCA⁸⁹.

Por otro lado, la LOT estableció que las concesiones tendrían una duración de diez años y podrían ser renovadas sucesivamente por períodos iguales⁹⁰ (que es el mismo criterio que se plasmó también, un año después, en la Ley de Televisión Privada⁹¹). De esa forma no se reconoció una preferencia de los antiguos titulares sobre los nuevos solicitantes en la renovación de las concesiones y eso dio lugar a episodios de no renovación injustificada de las concesiones, obviamente contrarios a la libertad de información y que fueron corregidos por los tribunales⁹². Pos-

⁸⁷ Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, en particular su Disposición adicional sexta.

⁸⁸ Artículo 12 de la Ley 10/1988.

⁸⁹ Artículo 2. Definiciones, apartado 10. Cadena radiofónica: conjunto de emisiones simultáneas de radio organizadas dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público.

⁹⁰ Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, en particular su Disposición adicional sexta, apartado 2.a).

⁹¹ Artículo 11 de la Ley 10/1988.

⁹² Por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 noviembre 2005, RJ 2005/9516, que estimó un recurso de casación y anuló el acuerdo de la Generalidad de Catalunya de no renovar una concesión de la COPE. Esa sentencia interpreta que la Ley, al decir que la concesión «podrá» ser renovada sucesivamente por períodos iguales, no se está refiriendo a la atribución de facultades a la Administración, «sino que está contemplando una cualidad o característica de la concesión, definiendo el contenido de la misma en cuanto a su temporalidad o duración, configurando la renovación como parte del contenido del derecho o titularidad jurídica que la concesión supone para quien la obtiene y que puede ejercitarse en las condiciones legalmente establecidas (...) de ahí que a

teriormente, la Ley 52/2002 dispuso una nueva redacción para la Disposición adicional sexta de la LOT y estableció la preferencia por la renovación de las concesiones de radio: «la concesión se otorgará por un plazo de diez años y se renovará sucesivamente por períodos iguales, salvo que el titular haya incumplido alguna de las obligaciones esenciales de la concesión o haya sido condenado mediante sentencia firme por vulnerar algún derecho fundamental». Lo que en cierta medida ya anticipaba la opción más clara por la renovación automática que establece la LGCA⁹³.

Las competencias administrativas para el otorgamiento de las concesiones y para el control de los concesionarios (incluyendo competencia de autorizar las transacciones sobre las concesiones o sobre las acciones de las sociedades concesionarias) quedaron distribuidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional interpretó que esas competencias correspondían al Estado si se trataba de emisoras de onda media⁹⁴, mientras que podían corresponder a las CC.AA. en el caso de la emisoras con frecuencia modulada, eso sí, siempre de conformidad con la normativa estatal de carácter técnico sobre la utilización del espacio radioeléctrico y con las normas básicas estatales sobre el servicio de radio⁹⁵.

Entre esas normas básicas están las destinadas a preservar el pluralismo informativo. Y a ese respecto, al igual que en el caso de la televisión, el ordenamiento ha evolucionado desde un planteamiento inicial bastante restrictivo a otro de signo más liberalizador. Conforme a la redacción original de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, debían respetarse los siguientes límites: i) ninguna persona podía ser titular de más de una concesión de onda media ni más de dos de frecuencia modulada que coincidieran sustancialmente en su ámbito de cobertura; ii) una misma persona no podía participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria si explotaba servicios sustancialmente coincidentes en su ámbito de cobertura. Este segundo límite fue objeto en el año 2000 de una reinterpretación jurisprudencial en virtud de la cual se consideraron prohibidas no sólo las participaciones mayoritarias contrarias a los límites definidos en la ley, sino también otros supuestos en los que «la situación fáctica, o de

la hora de resolver sobre la renovación, el examen de la concurrencia de tales condiciones y requisitos se efectúe desde el punto de vista negativo, es decir, sobre la existencia de infracciones o incumplimientos por parte del concesionario que la solicita, en cuanto circunstancias que ponen de manifiesto esa falta de concurrencia que justifica la denegación de la renovación».

⁹³ Artículo 28 de la LGCA.

⁹⁴ STC 168/1993, de 27 de mayo.

⁹⁵ SSTC 26/1982 y 44/1982.

realidad del mercado, es análoga o similar a la definida», lo que significó una extensión analógica de los límites legales, en perjuicio de la seguridad jurídica⁹⁶.

Los límites establecidos en la LOT fueron modificados en 2005⁹⁷ con el propósito de reordenar el sector de la radio, después de que se hubiera incrementado sustancialmente el número de concesiones⁹⁸ y de que se hubiera introducido la radio digital (que había sido regulada por una Disposición adicional de la Ley de acompañamiento de los presupuestos de 1998⁹⁹ —que, como ya se ha dicho, abrió también la puerta a la TDT— y, posteriormente, por el Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrestre de 1999¹⁰⁰). Con la nueva regulación de 2005 se establecieron límites técnicamente mejor definidos, porque hacen referencia al concepto de control (en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio) de un máximo de emisoras de ámbito local (nadie podrá controlar más de 50% de las concesiones, y en ningún caso más de cinco, con el mismo ámbito de cobertura), así como nuevos límites referidos a los ámbitos autonómico y nacional. Se precisó además que estos límites se aplicarán de forma independiente a las concesiones para la emisión con tecnología analógica y a las concesiones para la emisión con tecnología digital (hay que tener en cuenta que, en vez de un «apagón» de la radio analógica similar al de la televisión, estaba prevista la introducción paulatina de la radio digital con diferentes frecuencias a las de la radio analógica¹⁰¹). El resultado ha sido una regulación más moderna y comprensiva que ha sido mantenida por la LGCA¹⁰².

⁹⁶ STS de 9 de junio de 2000 (RJ 2001\450), que anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros que dio luz verde a la operación de concentración entre SER y Antena 3, interpretando que «en sede de un procedimiento de control de las concentraciones económicas en ese sector, aquellas previsiones (las de la Disposición adicional sexta de la LOT) deben operar, para desaconsejar la concentración, no sólo cuando surge la situación jurídica definida en ellas, sino también cuando la situación fáctica, o de realidad del mercado, es análoga o similar a la definida; pues lo exige así el principio de eficacia a que se somete la actuación de la Administración Pública en el artículo 103.1 de la Constitución» (FJ 20).

⁹⁷ Ley 10/2005, de 14 de junio, de medidas urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo (artículo primero, que modifica la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones; entre otros aspectos, la redacción de su Disposición adicional sexta).

⁹⁸ En particular, mediante el RD 1388/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueba un incremento de frecuencias para la gestión indirecta de emisoras, dentro del Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia.

⁹⁹ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Disposición adicional cuadragésima cuarta.

¹⁰⁰ Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio.

¹⁰¹ No obstante, la LGCA, en su Disposición transitoria decimoquinta, contempla la aprobación de un Plan Técnico de Digitalización Integral del Servicio de Radiodifusión.

¹⁰² Artículo 37 de la LGCA.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El examen realizado en este trabajo del proceso de institucionalización de la televisión privada, previo a la aprobación de la LGCA, permite formular las siguientes consideraciones finales:

1.^a Ha faltado un modelo global de regulación de las televisiones privadas. El modelo inicial de la gestión indirecta de un servicio público esencial era obviamente inadecuado para ordenar la ampliación de la oferta a nuevas modalidades de televisión, en las que el argumento de la escasez del recurso radioeléctrico dejaba de ser válido (cable) o lo era en mucha menor medida (satélite y TDT). Sin embargo, durante bastante tiempo se ha mantenido el régimen de servicio público para estas nuevas modalidades (hasta 1995 para el satélite, hasta 2003 para el cable y hasta la aprobación de la LGCA en el caso de la TDT). En ocasiones, el régimen de servicio público mantuvo las mismas restricciones societarias que en las televisiones analógicas (es lo que sucedió en los casos del satélite y de la TDT) y otras veces se impuso con menores restricciones (como en el cable). De ese modo se ha tejido un entramado de regulaciones incoherentes, donde el régimen jurídico de los operadores, incluso en los aspectos societarios, dependía de la modalidad técnica de distribución de sus señales, lo que parece poco razonable, pero ejemplifica una vez más hasta qué punto se ha erosionado la generalidad de la ley en el Estado social de Derecho.

2.^a No obstante lo anterior, en su conjunto, la tendencia dominante en la evolución del ordenamiento ha tenido un signo liberalizador, de forma que han aumentado paulatinamente las actividades de televisión excluidas del régimen de servicio público y se han reducido los controles de carácter societario, hasta el punto de posibilitar la toma de control mayoritario y la admisión a cotización en bolsa de las sociedades de televisión. El coste de las operaciones de toma de control de esas sociedades ha venido a depender en buena medida de que se realizaran antes o después de su admisión a cotización.

3.^a Los intentos de ampliación de la oferta, respecto del modelo inicial de tres televisiones privadas, se han visto en gran medida frustrados por la insuficiencia de sus fundamentos económicos. Fracasó la multiplicación de la oferta de televisión de pago en el período 1997-2003, guiada por una interpretación exacerbada de las potencialidades de ese mercado, que acabó en definitiva con el cierre de una de las nuevas empresas (Quiero TV) y con operaciones de concentración entre competidores (integración de VD en Sogecable). También se ha frustrado,

en cierto grado, la ampliación de la oferta de televisión en abierto, realizada en 2005-2006, porque la brusca contracción del mercado publicitario a partir de 2008 ya ha dado lugar a la absorción de una de las nuevas televisiones en abierto por uno de sus competidores (integración de Cuatro en Telecinco).

4.^a Han fallado los intentos de intervenir en estos mercados con empresas públicas o recién privatizadas o con normas discriminatorias destinadas a perjudicar a los competidores de las televisiones participadas por esas empresas públicas o recién privatizadas. Se frustró en 1996, por razones jurídicas, el proyecto de Cablevisión (promovido por Telefónica con Canal Plus) y fracasaron en el mercado tanto Quiero TV (que tenía a Retevisión como socio de referencia) como Vía Digital (que había sido constituida por Telefónica, junto con RTVE y algunas televisiones autonómicas, además de otros socios). También fracasó la regulación discriminatoria de los descodificadores aprobada por el Gobierno en 1997, que perjudicaba manifiestamente a CSD y que, gracias a la intervención de las autoridades europeas, tuvo que ser modificada.

5.^a La entrada de operadoras de telecomunicaciones en el mercado de la televisión ha tenido el efecto de ampliar la oferta de plataformas de distribución y también la competencia, pero inicialmente se ha manifestado en iniciativas de inversión inestables y a veces fallidas, que han estado muy condicionadas por consideraciones políticas y por opciones tecnológicas.

6.^a Ha fallado completamente la regulación de los derechos audiovisuales de carácter deportivo, en particular del fútbol. La Ley aprobada en 1997, con una finalidad oportunista, supuso una intervención en el régimen de explotación de estos derechos que no ha impedido la reiteración de conflictos enconados entre los operadores ni el deterioro de la situación económica de muchos clubes. Ha faltado, en cambio, en nuestro ordenamiento una regulación del fundamento mismo de esos derechos, de su titularidad originaria, que es lo que verdaderamente debe determinar su régimen de explotación.

7.^a Desde la perspectiva del pluralismo informativo se ha pasado de una interpretación legal maximalista —que consideraba incompatible con ese valor que hubiera un control mayoritario de las sociedades concesionarias— a otra más moderada, que fue aprobada en 2009, y que sólo pretende limitar la participación accionarial simultánea en varias televisiones, estableciendo restricciones que tienen como regla principal la prohibición de adquirir una participación significativa (superior a 5%) en otra televisión cuando la cuota de audiencia conjunta de las televisiones afectadas supere 27%. Lo que en definitiva se contrae,

hoy por hoy, a la prohibición de vincular accionarialmente, en esos términos, a Telecinco con Antena 3.

8.^a Lo anterior ya indica la importancia sistémica de estas dos sociedades de televisión, pero, si cabe, habría que destacar aún más la centralidad de la primera a lo largo de este proceso de institucionalización del sistema televisivo, no sólo por su cuota de audiencia (incrementada por la incorporación de Cuatro), sino porque es la única de las tres sociedades concesionarias iniciales que ha seguido desde 1989 con un mismo socio de referencia, y a la postre de control: el grupo empresarial de Berlusconi. Lo que no deja de ser un síntoma paradójico de la debilidad de los grupos españoles de medios de comunicación.

9.^a El ordenamiento de la radio se ha anticipado al de la televisión, tanto en la puesta en marcha de un modelo de gestión privada como en otros aspectos importantes, como son la aceptación del carácter transmisible de las concesiones y la preferencia legal por el titular actual de la concesión en los procedimientos de renovación de las mismas. Eso ha facilitado que, en el periodo considerado, se haya desarrollado un mercado de emisoras y se hayan configurado cadenas radiofónicas de ámbito nacional que han sido las protagonistas de la audiencia.