

**ACUERDO 69/2018, de 21 de junio, del Pleno del
Consejo del Audiovisual de Cataluña**

Expediente 1/A/2018. Resolución del recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Española de Radiodifusión, SLU (SER), contra el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo, del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña, que deniega la autorización para el arrendamiento de la licencia para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora, en ondas métricas con modulación de frecuencia, de Barcelona (90.5 MHz), de titularidad de la sociedad Agrupación Radiofónica, SA (AGRURASA), a favor de la SER

Hechos

1.º El 5 de febrero de 2018 tuvo entrada en este Consejo un escrito suscrito conjuntamente por los Sres. Adolfo Machado Sánchez, en representación de la sociedad AGRURASA, y Francisco Vélez Santiago, en representación de la SER, relativo a la solicitud de autorización previa para el arrendamiento de la licencia de radiodifusión sonora de la localidad de Barcelona (90.5 MHz).

Mediante el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo, el Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña (CAC) denegó la autorización del arrendamiento de la licencia mencionada anteriormente, por parte de la sociedad AGRURASA, como arrendadora, a favor de la SER, como arrendataria, dado que, como consecuencia de este negocio jurídico, se incumpliría uno de los límites que, en relación con el pluralismo en el mercado audiovisual radiofónico, se establece en el artículo 37 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual (LGCA).

Este acuerdo se notificó a la sociedad AGRURASA en fecha 28 de marzo de 2018 y a la SER en fecha 2 de abril de 2018.

2.º El 24 de abril de 2018 tuvo entrada en este Consejo un escrito (registro de entrada núm. 400/2018) firmado por la Sra. Maria Soledad Sahagún San Martín, como apoderada, en nombre de la SER, por el que interpone recurso de reposición contra el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo, y que fundamenta en los siguientes motivos. Por un lado, la interpretación errónea del artículo 37 de la LGCA; por otro, la aplicación indebida e inmotivada de los artículos 38 a 40 y 43 de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña (LCA); y, finalmente, menciona, pero no desarrolla ni argumenta, la vulneración del principio de libertad de empresa de la actividad de comunicación audiovisual y del derecho a comunicar y a recibir información recogido en el artículo 22 de la LGCA.

Fundamentos de derecho

Primero. En cuanto a la interpretación de artículo 37 de la LGCA, que regula los límites que garantizan el pluralismo en el mercado audiovisual radiofónico

Contrariamente a lo establecido en el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo, la recurrente alega que no se incumplen los límites del pluralismo del mercado radiofónico establecidos en el artículo 37 de la LGCA, dado que la SER y AGRURASA no son empresas del mismo grupo empresarial, en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de comercio. Así, considera que como no forma parte del mismo grupo empresarial, a fin de determinar los límites del pluralismo radiofónico según el artículo 37.4 de la LGCA, la licencia titularidad de AGRURASA, objeto del negocio jurídico de arrendamiento que se solicita, no debe sumarse “[...] a las licencias titularidad o bajo el control de la SER y sus empresas filiales (5 en total); de tal forma que erróneamente se determina que la SER controlaría 6 licencias, superándose el límite del art. 37.1 de la LGCA [...]”.

Dadas estas manifestaciones, es relevante tener en cuenta que es la propia recurrente la que reconoce que actualmente, en la zona de servicio de Barcelona, controla cinco (5) licencias de radiodifusión sonora: cuatro (4) como titular –frecuencias 666 KHz, 103.5 MHz, 93.9 MHz y 99.4 MHz– y una (1) como arrendataria –frecuencia 96.9 MHz–. El reconocimiento de esta última situación conlleva que la SER, ratificando lo establecido en el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo, equipara, a efectos de control de licencias, la figura del arrendatario y la del titular originario de la licencia o adjudicatario, ambos “prestadores de servicios de comunicación audiovisual” y, subsiguientemente, con un control efectivo sobre la licencia, de conformidad con el artículo 2.1 de la LGCA.

Por lo tanto, resulta incuestionable que la SER actualmente controla cinco (5) licencias y que éste es el máximo de licencias establecido en el artículo 37.1 de la LGCA para una misma persona física o jurídica y para un mismo ámbito de cobertura. En consecuencia, si a estas licencias se les suma la licencia de AGRURASA –frecuencia, 90.5 MHz–, la SER controlaría seis (6) licencias en Barcelona, por cuyo motivo se denegó la autorización de arrendamiento de esta licencia a favor de la recurrente, mediante el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo.

Sin embargo, a criterio de la recurrente, para determinar si se superan los límites del pluralismo en el mercado radiofónico, no sólo basta con el cómputo matemático del número de licencias, sino que este cómputo se aplicará en conjunción con el requisito de la existencia de control sobre estas licencias, de conformidad con el artículo 42 del Código de comercio. Por lo cual, la SER considera que la licencia correspondiente a la frecuencia 90.5 MHz no se sumará al total de las cinco (5) licencias que actualmente controla la SER, dado que, según manifiesta, entre ella y AGRURASA no se da la situación de control establecido en el artículo 37.4 de la LGCA que, a tal efecto, se remite al artículo 42 del Código de comercio.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el fin último del artículo 37 de la LGCA es garantizar el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural establecido en el artículo 4 de esta misma Ley, por el que se desarrolla el derecho fundamental reconocido en la letra d) del artículo 20.1 de la Constitución española (CE), a recibir

información veraz por cualquier medio de difusión, en nuestro caso a través de medios audiovisuales. Este derecho es clave para el funcionamiento de un Estado democrático, dado que garantiza el derecho a comunicar libremente información y, asimismo, que los ciudadanos conozcan los asuntos de relevancia pública y puedan acceder a puntos de vista críticos que sobre estos asuntos existan, lo cual garantiza una opinión pública libre y plural.

Así, en el artículo 4 de la LGCA, además de reconocerse el derecho establecido en la letra d) del artículo 20.1 de la CE, se determina expresamente la forma de garantizar que esta comunicación audiovisual sea plural. Se establece, por un lado, que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios –pluralidad de prestadores de comunicación audiovisual– y, por otro, que se preste mediante una diversidad de fuentes y contenidos –pluralidad de oferta audiovisual–.

En consecuencia, dado que en el artículo 37 de la LGCA se contienen mecanismos específicos dirigidos a prevenir posibles afectaciones al pluralismo audiovisual radiofónico –y en el artículo 36 en cuanto al pluralismo audiovisual televisivo–, es necesario que se interprete desde la doble vertiente del pluralismo y, por lo tanto, el procedimiento para comprobar si, como consecuencia de un negocio jurídico, se infringen los límites del pluralismo, se divide en dos fases. En la primera, se analiza el número de títulos habilitantes por los que un prestador difunde contenidos audiovisuales en un determinado ámbito de cobertura y, en la segunda, se comprueba la oferta a la que tiene acceso la audiencia de este ámbito de cobertura.

En el caso que nos ocupa, la SER emite contenidos audiovisuales radiofónicos en Barcelona mediante cinco (5) licencias, por lo que la autorización del arrendamiento de la licencia correspondiente a la frecuencia 90.5 MHz, titularidad de AGRURASA, a su favor, conllevaría que la recurrente, como prestadora del servicio de comunicación audiovisual –a título de adjudicataria y a título de arrendataria– tendría el control efectivo sobre seis (6) licencias en un mismo ámbito de cobertura. En consecuencia, se superaría el límite establecido en el artículo 37.1 de la LGCA, se vulneraría el derecho a la pluralidad de prestadores y a la pluralidad de oferta audiovisual, dado que, con independencia de que entre la SER y AGRURASA no exista una relación de control societario, el control efectivo sobre estas seis (6) licencias -4 como titular y 2 como arrendataria- conllevaría que el mismo prestador tendría la dirección editorial sobre la selección de los programas y contenidos y de su organización en las seis (6) frecuencias gestionadas.

Entender, como pretende la SER, que la licencia correspondiente a la frecuencia 90.5 MHz no compute a efectos de pluralismo, daría lugar al fraude de ley contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil, dado que un mismo prestador de servicios de comunicación audiovisual podría controlar todas las licencias de un mismo ámbito de cobertura. En efecto, podría darse el caso, por ejemplo, de un ámbito de cobertura con siete (7) licencias correspondientes a siete (7) frecuencias y adjudicadas a siete (7) prestadores sin vinculación entre ellos y que uno (1) de esos prestadores, dada esta falta de vinculación, pudiera controlar la licencia que se le adjudicó inicialmente y, también, las otras seis (6) mediante los correspondientes contratos de arrendamiento.

En este caso, es evidente que se estaría incumpliendo el pluralismo, que, como se ha dicho, está directamente vinculado con el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural del artículo 4 de la LGCA, que, en definitiva, es el desarrollo del derecho fundamental establecido en la letra d) del artículo 20.1 de la CE. Así, el pluralismo, como uno de los principios rectores del régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual, garantiza la diversidad de la prestación de servicios de comunicación audiovisual y, por lo tanto, asegura la existencia de una diversidad de prestadores que ponen a disposición del público una oferta de contenidos audiovisual diversa. El acceso a una diversidad de fuentes de información, de opiniones y de puntos de vista diferentes tiene como objetivo formar la opinión de la audiencia sin la influencia de una única opinión dominante.

En conclusión, si a las cinco (5) licencias que actualmente controla la SER, en el ámbito de cobertura de Barcelona, se suma la licencia de AGRURASA –frecuencia, 90.5 MHz–, la SER controlaría seis (6) licencias en este ámbito de cobertura y, por lo tanto, estaría incumpliendo el límite establecido en el artículo 37.1 de la LGCA, que permite el control de un máximo de cinco (5) licencias para una misma persona física o jurídica y para un mismo ámbito de cobertura, por lo que hay que ratificar la denegación de la autorización de arrendamiento de esta última licencia a favor de la recurrente, efectuada mediante el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo.

Segundo. En cuanto a la aplicación de los artículos 38 a 40 y 43 de la LCA que regulan la garantía del pluralismo y el control de las concentraciones en la comunicación audiovisual

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado primero, el fin último del artículo 37 de la LGCA es garantizar el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural en sus dos vertientes: (i) pluralidad de prestadores y (ii) pluralidad de oferta. Y, justamente, para hacer efectivo este derecho, el capítulo II del título IV de la LCA, que incluye los artículos 38 a 40 y 43, regula la garantía del pluralismo y el control de las concentraciones en la comunicación audiovisual. En efecto, por un lado, en el título IV de la LCA, bajo el título “De la ordenación de la prestación de servicios de comunicación audiovisual por parte de sujetos privados”, se establecen los principios reguladores de la actividad privada de comunicación audiovisual, dando por sentado que, según el preámbulo de la propia Ley misma, el modelo de intervención que sobre esta actividad se determina “debe hacer compatible el derecho fundamental a la libertad de comunicación con la garantía del pluralismo y otros principios y libertades relacionados con la formación de la opinión pública implicados en el ejercicio de esta actividad.”

Por otro, en el capítulo II del título IV de la LCA se establece un régimen claro en que el CAC, en el ejercicio de sus funciones de ordenación, garantiza el pluralismo de la comunicación audiovisual. Teniendo en cuenta que, de conformidad con el preámbulo de la Ley, “Dicho pluralismo conlleva la diversidad en la oferta de los Servicios de comunicación audiovisual y, por tanto, la existencia de una pluralidad de medios de comunicación autónomos que ponen a la disposición del público una oferta de contenidos audiovisuales diversa. Por este motivo, fija límites en la concentración de los medios de comunicación y la modificación de su estructura accionarial, [...]” En particular, en el artículo 38 de la LCA se obliga a este Consejo a garantizar el pluralismo del conjunto de la comunicación audiovisual y, evitando las

concentraciones en la prestación de los servicios de comunicación audiovisual, a garantizar que, concretamente, exista diversidad en la prestación de los servicios de comunicación audiovisual y, por tanto, que exista una pluralidad de prestadores autónomos que pongan a disposición del público una oferta de contenidos audiovisuales diversa.

Para garantizar esta doble pluralidad, el CAC, en las decisiones que tome en esta materia, tendrá en cuenta, de conformidad con el artículo 40 de la LCA, por un lado, con respecto a la pluralidad de oferta, la audiencia potencial del conjunto de servicios de televisión o radio que abarca un determinado prestador de servicios de comunicación audiovisual y el número de ofertas de servicios de comunicación audiovisual diferentes a las que tiene acceso la audiencia de una determinada demarcación. Dando por sentado que cuando un prestador de servicios de comunicación audiovisual controla un servicio de televisión o radio, o más de uno, que totaliza más de un 25% de la oferta en el área de difusión en que sus servicios de comunicación audiovisual son accesibles al público, se entenderá que tiene una posición de dominio o de influencia dominante, según el artículo 43 de la LCA.

Por otro, con respecto a la pluralidad de prestadores, el número de títulos habilitantes y la participación del prestador en otras empresas que ejercen la actividad de comunicación, teniendo en cuenta, en relación con esta participación, la definición hecha en el artículo 39 de la LCA de *control de un medio de comunicación*.

En definitiva, el CAC vela por el pluralismo y el control de las concentraciones en la comunicación audiovisual, garantizando la existencia de una diversidad en la oferta de los servicios de comunicación audiovisual y, por tanto, la existencia de una pluralidad de medios de comunicación o prestadores que ponen a disposición del público una oferta de contenidos audiovisuales diversa. De ahí que no pueda confundirse el control del pluralismo y las concentraciones de la LCA con el control de las concentraciones económicas de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

Por lo tanto, y contrariamente a lo que parece insinuar la SER, esta denegación en ningún momento se ampara en una eventual vulneración de la concentración económica en el sentido de lo establecido en el artículo 7 de la LDC. Así, y como establece la recurrente, “no es de aplicación el término de concentración empresarial”, dado que, como se ha justificado, lo que hay que aplicar en materia audiovisual es la concentración de medios audiovisuales, definida y regulada en la LGCA y en la LCA, y su afectación en relación con los prestadores y la oferta. Y es esta aplicación la que conlleva la denegación de la solicitud de autorización de arrendamiento de la licencia correspondiente a la frecuencia 90.5 MHz de Barcelona, a favor de la SER.

En conclusión, la denegación de la autorización de arrendamiento de la licencia correspondiente a la frecuencia 90.5 MHz de Barcelona a favor de la SER, efectuada mediante el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo, no se ampara en la vulneración de la concentración económica regulada en la LDC, sino que su fundamento es una interpretación integradora de los límites para garantizar el pluralismo y el control de

las concentraciones en la comunicación audiovisual regulados en el capítulo II del título IV de la LCA y en el artículo 2.1, en relación con el artículo 2.13, y en el artículo 37, todos de la LGCA.

Por todo lo expuesto, el Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña adopta, por unanimidad, el siguiente

ACUERDO

- 1.** Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la SER, contra el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo, del Pleno del CAC, mediante el que se deniega la autorización para el arrendamiento de la licencia para la prestación del servicio de radiodifusión sonora de la localidad de Barcelona (90.5 MHz), por incumplimiento de uno de los límites que, en relación con el pluralismo en el mercado audiovisual radiofónico, se establecen en la LGCA y en la LCA.
- 2.** Notificar el presente acuerdo a la SER.

Barcelona, 21 de junio de 2018

Roger Loppacher i Crehuet
Presidente

Daniel Sirera Bellés
Consejero secretario