

**ACORD 69/2018, de 21 de juny, del Ple del
Consell de l'Audiovisual de Catalunya**

Expedient 1/A/2018. Resolució del recurs de reposició interposat per la Sociedad Española de Radiodifusión, SLU (SER), contra l'Acord 31/2018, de 21 de març, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, que denega l'autorització per a l'arrendament de la llicència per a la prestació de serveis de comunicació audiovisual de radiodifusió sonora, en ones mètriques amb modulació de freqüència, de Barcelona (90.5 MHz), de titularitat de la societat Agrupación Radiofónica, SA (AGRURASA), a favor de la SER

Fets

1r. El 5 de febrer de 2018 va tenir entrada en aquest Consell un escrit subscrit conjuntament pels senyors Adolfo Machado Sánchez, en representació de la societat AGRURASA, i Francisco Vélez Santiago, en representació de la SER, relatiu a la sol·licitud d'autorització prèvia per a l'arrendament de la llicència de radiodifusió sonora de la localitat de Barcelona (90.5 MHz).

Mitjançant l'Acord 31/2018, de 21 de març, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC) va denegar l'autorització de l'arrendament de la llicència esmentada més amunt, per part de la societat AGRURASA, com a arrendadora, a favor de la SER, com a arrendatària, atès que, com a conseqüència d'aquest negoci jurídic, s'incompliria un dels límits que, en relació amb el pluralisme al mercat audiovisual radiofònic, estableix l'article 37 de la Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual (LGCA).

Aquest acord es va notificar a la societat AGRURASA en data 28 de març de 2018 i a la SER en data 2 d'abril de 2018.

2n. El 24 d'abril de 2018 va tenir entrada en aquest Consell un escrit (registre d'entrada núm. 400/2018) signat per la senyora Maria Soledad Sahagún San Martín, com a apoderada, en nom de la SER, mitjançant el qual interposa recurs de reposició contra l'Acord 31/2018, de 21 de març, i que fonamenta en els motius següents. D'una banda, la interpretació errònia de l'article 37 de la LGCA; de l'altra, l'aplicació indeguda i immotivada dels articles 38 a 40 i 43 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (LCA); i, finalment, esmenta, però no desenvolupa ni argumenta, la vulneració del principi de llibertat d'empresa de l'activitat de comunicació audiovisual i del dret a comunicar i a rebre informació que recull l'article 22 de la LGCA.

Fonaments de dret

Primer. Pel que fa a la interpretació de article 37 de la LGCA, que regula els límits que garanteixen el pluralisme en el mercat audiovisual radiofònic

Contràriament al que estableix l'Acord 31/2018, de 21 de març, la recurrent al·lega que no s'incomplixen els límits del pluralisme del mercat radiofònic que estableix l'article 37 de la LGCA, atès que la SER i AGRURASA no són empreses del mateix grup empresarial, en els termes que estableix l'article 42 del Codi de comerç. Així, considera que com no forma part del mateix grup empresarial, per tal de determinar els límits del pluralisme radiofònic segons l'apartat 4 de l'article 37 de la LGCA, la llicència titularitat d'AGRURASA, objecte del negoci jurídic d'arrendament que se sol·licita, no s'ha de sumar "[...] 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 [...]".

Ateses aquestes manifestacions, és rellevant tenir en compte que és la recurrent mateixa la que reconeix que actualment, a la zona de servei de Barcelona, controla cinc (5) llicències de radiodifusió sonora: quatre (4) com a titular –freqüències 666 KHz, 103.5 MHz, 93.9 MHz i 99.4 MHz– i una (1) com a arrendatària –freqüència 96.9 MHz. El reconeixement d'aquesta darrera situació comporta que la SER, tot ratificant el que estableix l'Acord 31/2018, de 21 de març, equipara, a efectes de control de llicències, la figura de l'arrendatari i la del titular originari de la llicència o adjudicatari, tots dos "prestadors de serveis de comunicació audiovisual" i, subsegüentment, amb un control efectiu sobre la llicència, de conformitat amb el punt 1 de l'article 2 de la LGCA.

Per tant, resulta inqüestionable que la SER actualment controla cinc (5) llicències i que aquest és el màxim de llicències que estableix l'apartat 1 de l'article 37 de la LGCA per a una mateixa persona física o jurídica i per a un mateix àmbit de cobertura. En conseqüència, si a aquestes llicències s'hi suma la llicència d'AGRURASA –freqüència, 90.5 MHz–, la SER controlaria sis (6) llicències a Barcelona, motiu pel qual es va denegar l'autorització d'arrendament d'aquesta llicència a favor de la recurrent, mitjançant l'Acord 31/2018, de 21 de març.

Això no obstant, a criteri de la recurrent, per determinar si se superen els límits del pluralisme en el mercat radiofònic, no només n'hi ha prou amb el còmput matemàtic del nombre de llicències, sinó que aquest còmput s'ha d'aplicar en conjunció amb el requisit de l'existència de control sobre aquestes llicències, de conformitat amb l'article 42 del Codi de comerç. Per la qual cosa, la SER considera que la llicència corresponent a la freqüència 90.5 MHz no s'ha de sumar al total de les cinc (5) llicències que actualment controla la SER, atès que, segons manifesta, entre ella i AGRURASA no es dona la situació de control que estableix l'apartat 4 de l'article 37 de la LGCA que, a aquest efecte, es remet a l'article 42 del Codi de comerç.

En aquest sentit, cal tenir en compte que la finalitat última de l'article 37 de la LGCA és garantir el dret a rebre una comunicació audiovisual plural que estableix l'article 4 d'aquesta mateixa Llei, mitjançant el qual es desenvolupa el dret fonamental que reconeix la lletra d de l'apartat 1 de l'article 20 de la Constitució espanyola (CE), a rebre informació veraç per qualsevol mitjà de difusió, en el nostre cas a través de mitjans audiovisuals. Aquest dret és clau per al funcionament d'un Estat democràtic, atès que garanteix el dret a comunicar lliurement informació i, així mateix, que els ciutadans coneguin els assumptes de rellevància pública i puguin accedir a punts de vista crítics que sobre aquests assumptes existeixin, la qual cosa garanteix una opinió pública lliure i plural.

Així, l'article 4 de la LGCA, a més de reconèixer el dret que estableix la lletra *d* de l'apartat 1 de l'article 20 de la CE, determina expressament la manera de garantir que aquesta comunicació audiovisual sigui plural. Estableix, d'una banda, que la comunicació audiovisual es presti per mitjà d'una pluralitat de mitjans –pluralitat de prestadors de comunicació audiovisual– i, de l'altra, que es presti mitjançant una diversitat de fonts i de continguts –pluralitat d'oferta audiovisual.

En conseqüència, atès que l'article 37 de la LGCA conté mecanismes específics adreçats a prevenir possibles afectacions al pluralisme audiovisual radiofònic –i l'article 36 pel que fa al pluralisme audiovisual televisiu–, cal que s'interpreti des del doble vessant del pluralisme i, per tant, el procediment per comprovar si, com a conseqüència d'un negoci jurídic, s'infringeixen els límits del pluralisme, es divideix en dues fases. En la primera, s'analitza el nombre de títols habilitants mitjançant els quals un prestador difon continguts audiovisuals en un determinat àmbit de cobertura i, en la segona, es comprova l'oferta a què té accés l'audiència d'aquest àmbit de cobertura.

En el cas que ens ocupa, la SER emet continguts audiovisuals radiofònics a Barcelona mitjançant cinc (5) llicències, per la qual cosa, l'autorització de l'arrendament de la llicència corresponent a la freqüència 90.5 MHz, titularitat d'AGRURASA, a favor seu, comportaria que la recurrent, com a prestadora del servei de comunicació audiovisual –a títol d'adjudicatària i a títol d'arrendatària– tindria el control efectiu sobre sis (6) llicències en un mateix àmbit de cobertura. En conseqüència, se superaria el límit que estableix l'apartat 1 de l'article 37 de la LGCA, es vulneraria el dret a la pluralitat de prestadors i a la pluralitat d'oferta audiovisual, atès que, amb independència que entre la SER i AGRURASA no existeixi una relació de control societari, el control efectiu sobre aquestes sis (6) llicències -4 com a titular, i 2 com a arrendatari- comportaria que el mateix prestador tindria la direcció editorial sobre la selecció dels programes i continguts i de la seva organització en les sis (6) freqüències gestionades.

Entendre, com pretén la SER, que la llicència corresponent a la freqüència 90.5 MHz no computi a efectes de pluralisme, donaria lloc al frau de llei, contemplat a l'apartat 4 de l'article 6 del Codi civil, atès que un mateix prestador de serveis de comunicació audiovisual podria controlar totes les llicències d'un mateix àmbit de cobertura. En efecte, es podria donar el cas, per exemple, d'un àmbit de cobertura amb set (7) llicències corresponents a set (7) freqüències i adjudicades a set (7) prestadors sense vinculació entre ells i que un (1) d'aquests prestadors, atesa aquesta manca de vinculació, pogués controlar la llicència que se li va adjudicar inicialment i, també, les altres sis (6) mitjançant els contractes d'arrendament corresponents.

En aquest cas, és evident que s'estaria incomplint el pluralisme, que, com s'ha dit, està directament vinculat amb el dret a rebre una comunicació audiovisual plural de l'article 4 de la LGCA, que, en definitiva, és el desenvolupament del dret fonamental que estableix la lletra *d* de l'apartat 1 de l'article 20 de la CE. Així, el pluralisme, com un dels principis rectors del règim jurídic dels serveis de comunicació audiovisual, garanteix la diversitat de la prestació de serveis de comunicació audiovisual i, per tant, assegura l'existència d'una diversitat de prestadors que posen a disposició del

públic una oferta de continguts audiovisual diversa. L'accés a una diversitat de fons d'informació, d'opinions i de punts de vista diferents té com a objectiu formar l'opinió de l'audiència sense la influència d'una única opinió dominant.

En conclusió, si a les cinc (5) llicències que actualment controla la SER, en l'àmbit de cobertura de Barcelona, s'hi suma la llicència d'AGRURASA –freqüència, 90.5 MHz–, la SER controlaria sis (6) llicències en aquest àmbit de cobertura i, per tant, s'estaria incomplint el límit que estableix l'apartat 1 de l'article 37 de la LGCA, que permet el control d'un màxim de cinc (5) llicències per a una mateixa persona física o jurídica i per a un mateix àmbit de cobertura, motiu pel qual cal ratificar la denegació de l'autorització d'arrendament d'aquesta darrera llicència a favor de la recurrent, efectuada mitjançant l'Acord 31/2018, de 21 de març.

Segon. Pel que fa a l'aplicació dels articles 38 a 40 i 43 de la LCA que regulen la garantia del pluralisme i el control de les concentracions en la comunicació audiovisual

Com s'ha posat de manifest en l'apartat primer, la finalitat última de l'article 37 de la LGCA és garantir el dret a rebre una comunicació audiovisual plural en els seus dos vessants: (i) pluralitat de prestadors i (ii) pluralitat d'oferta. I, justament, per fer efectiu aquest dret, el capítol II del títol IV de la LCA, que inclou els articles 38 a 40 i 43, regula la garantia del pluralisme i el control de les concentracions en la comunicació audiovisual. En efecte, d'una banda, el títol IV de la LCA, sota el títol "De l'ordenació de la prestació de serveis de comunicació audiovisual per part de subjectes privats", estableix els principis reguladors de l'activitat privada de comunicació audiovisual, amb el benentès que, segons el preàmbul de la Llei mateixa, el model d'intervenció que sobre aquesta activitat es determina "ha de fer compatible el dret fonamental a la llibertat de comunicació amb la garantia del pluralisme i altres principis i llibertats relacionats amb la formació de l'opinió pública implicats en l'exercici d'aquesta activitat."

De l'altra, el capítol II del títol IV de la LCA estableix un règim clar en què el CAC, en l'exercici de les seves funcions d'ordenació, garanteix el pluralisme de la comunicació audiovisual. Tenint en compte que, de conformitat amb el preàmbul de la Llei, "Aquest pluralisme comporta la diversitat en l'oferta dels serveis de comunicació audiovisual i, per tant, l'existència d'una pluralitat de mitjans de comunicació autònoms que posen a la disposició del públic una oferta de continguts audiovisuals diversa. Per aquest motiu, fixa límits en la concentració dels mitjans de comunicació i la modificació de llur estructura accionarial, [...]" En particular, l'article 38 de la LCA obliga aquest Consell a garantir el pluralisme del conjunt de la comunicació audiovisual i, tot evitant les concentracions en la prestació dels serveis de comunicació audiovisual, a garantir que, concretament, existeixi diversitat en la prestació dels serveis de comunicació audiovisual i, per tant, que existeixi una pluralitat de prestadors autònoms que posin a disposició del públic una oferta de continguts audiovisuals diversa.

Per tal de garantir aquesta doble pluralitat, el CAC, en les decisions que prengui en aquesta matèria, ha de tenir en compte, de conformitat amb l'article 40 de la LCA, d'una banda, pel que fa a la pluralitat d'oferta, l'audiència potencial del conjunt de serveis de televisió o ràdio que abasta un prestador de serveis de comunicació

audiovisual determinat i el nombre d'ofertes de serveis de comunicació audiovisual diferents a què té accés l'audiència d'una demarcació determinada. Amb el benentès que quan un prestador de serveis de comunicació audiovisual controla un servei de televisió o ràdio, o més d'un, que totalitza més d'un 25% de l'oferta en l'àrea de difusió en què els seus serveis de comunicació audiovisual són accessibles al públic, s'entendrà que té una posició de domini o d'influència dominant, segons l'article 43 de la LCA.

De l'altra, pel que fa a la pluralitat de prestadors, el nombre de títols habilitants i la participació del prestador en altres empreses que exerceixen l'activitat de comunicació, tenint en compte, en relació amb aquesta participació, la definició que fa l'article 39 de la LCA de *control d'un mitjà de comunicació*.

En definitiva, el CAC vetlla pel pluralisme i el control de les concentracions en la comunicació audiovisual i garanteix l'existència d'una diversitat en l'oferta dels serveis de comunicació audiovisual i, per tant, l'existència d'una pluralitat de mitjans de comunicació o prestadors que posen a la disposició del públic una oferta de continguts audiovisuals diversa. D'aquí que no es pugui confondre el control del pluralisme i les concentracions de la LCA amb el control de les concentracions econòmiques de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (LDC).

Per tant, i contràriament al que sembla insinuar la SER, aquesta denegació en cap moment s'empara en una eventual vulneració de la concentració econòmica en el sentit del que estableix l'article 7 de la LDC. Així, i com estableix la recurrent mateixa, "no es de aplicaci3n el t3rmino de concentraci3n empresarial", at3s que, com s'ha justificat, el que cal aplicar en mat3ria audiovisual 3s la concentraci3n de mitjans audiovisuals, definida i regulada a la LGCA i a la LCA, i la seva afectaci3n en relaci3n amb els prestadors i l'oferta. I 3s aquesta aplicaci3n la que comporta la denegaci3n de la sol·licitud d'autoritzaci3n d'arrendament de la llic3ncia corresponent a la freq3ncia 90.5 MHz de Barcelona, a favor de la SER.

En conclusi3n, la denegaci3n de l'autoritzaci3n d'arrendament de la llic3ncia corresponent a la freq3ncia 90.5 MHz de Barcelona a favor de la SER, efectuada mitjançant l'Acord 31/2018, de 21 de març, no s'empara en la vulneraci3n de la concentraci3n econ3mica que regula la LDC, ans els contrari, el seu fonament 3s una interpretaci3n integradora dels l3mits per garantir el pluralisme i el control de les concentracions en la comunicaci3n audiovisual que regula el capítol II del títol IV de la LCA i l'apartat 1 de l'article 2, en relaci3n amb l'apartat 13 de l'article 2, i l'article 37, tots de la LGCA.

Per tot el que s'ha exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, per unanimitat, adopta el següent

ACORD

1. Desestimar el recurs potestatiu de reposici3n interposat per la SER, contra l'Acord 31/2018, de 21 de març, del Ple del CAC, mitjançant el qual es denega l'autoritzaci3n per a l'arrendament de la llic3ncia per a la prestaci3n del servei de radiodifusi3n sonora de la localitat de Barcelona (90.5 MHz), per incompliment

d'uns dels límits que, en relació amb el pluralisme al mercat audiovisual radiofònic, estableixen la LGCA i la LCA.

2. Notificar aquest acord a la SER.

Barcelona, 21 de juny de 2018

Roger Loppacher i Crehuet
President

Daniel Sirera Bellés
Conseller secretari