

LA DIFÍCIL CONSECUENCIA DEL PLURALISMO INFORMATIVO

Guillermo Escobar Roca

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá

Diario La Ley, 2000, Ref.º D-248, Tomo 7

LA LEY

10882/2001

I.

LAS GARANTÍAS LEGALES DEL PLURALISMO INFORMATIVO EN LA RADIODIFUSIÓN

El pluralismo informativo en los medios de comunicación social tradicionales (prensa, radio y televisión) se encuentra garantizado por normas legales heterogéneas y, como vamos a intentar demostrar, en gran medida incompletas y por tanto insatisfactorias. La importante sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 (Sala 3.ª; ponente, Menéndez Pérez) (*LA LEY*, 2000, 7439), relativa a la concentración *de facto* de las emisoras de radio cadena SER y Antena 3, operada mediante la creación de Unión Radio en 1993, pone bien de manifiesto estas deficiencias: pese al considerable esfuerzo realizado en defensa del pluralismo informativo, la sentencia revela, con claridad meridiana, las importantes limitaciones de la normativa vigente para dar solución a un problema esencial de nuestro Estado democrático: la libre formación de la opinión pública, imprescindible al menos para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a decidir con plenitud en el proceso electoral ⁽¹⁾.

Antes de exponer los hechos que dieron lugar a la sentencia comentada y de sintetizar el núcleo central de su argumentación, conviene hacer una somera referencia a la legislación aplicable, ciñéndonos tan sólo al ámbito de la radiodifusión sonora ⁽²⁾. En el Derecho español de la comunicación las medidas encaminadas a garantizar el pluralismo pueden clasificarse en dos grandes grupos: las que favorecen la *pluralidad* (normalmente externa: diversidad de empresas, independientes entre sí) de los medios, considerados aquí como empresas informativas, y las que tienden a preservar el *pluralismo en sentido estricto*, entendido como pluralismo en la programación o en los contenidos, y que en la práctica se traduce básicamente como pluralismo en el interior de cada medio. En este trabajo nos centraremos en el primer tipo de medidas, que son las únicas aplicables a todas las emisoras de radio y las que en la práctica han resultado tener mayor importancia ⁽³⁾:

A) En primer lugar, puesto que de empresas se trata, resulta aplicable el Derecho general de la competencia, contenido sobre todo en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) ⁽⁴⁾. Dadas las peculiares características del *mercado de la comunicación*, a las empresas informativas (a las emisoras de radio, por tanto) resultan aplicables tanto las normas sobre concentraciones económicas como las relativas a las prácticas restrictivas de la competencia. Entre las primeras destaca la ahora necesaria notificación a la Administración de cualquier «proyecto u operación de concentración de empresas» por el que «se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio», o cuando «el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas» (art. 14 LDC).

La LDC pone en manos de un órgano administrativo específico, el Tribunal de Defensa de la Competencia, la tarea de elaborar, atendiendo a una serie de circunstancias, abstractamente definidas (art. 16.1), los informes preceptivos relativos a este tipo de operaciones, cuya aprobación u oposición final corresponde en última instancia al Consejo de Ministros (art. 17), quien puede apartarse de los informes del Tribunal. La normativa vigente no prevé expresamente ningún parámetro objetivo de la decisión final del Gobierno, si bien suele admitirse (aunque la tesis resulta discutible, como veremos) que la prohibición de la operación controlada puede basarse en la vulneración de cualquier norma del ordenamiento (no, en todo caso, de un indeterminado interés general), incluso de las ajenas a la problemática estrictamente competencial.

B) En relación específica con la radiodifusión, la pluralidad empresarial se encuentra además

garantizada, en las dos modalidades donde la gestión privada (según la fórmula de la concesión administrativa de un servicio público) resulta posible (onda media y frecuencia modulada), por la disposición adicional 6.ª de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante, LOT), declarada vigente en este punto por la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, que derogó casi en su totalidad a la LOT. La citada disposición adicional distingue entre:

a) las emisoras de onda media, para las que en todo caso se prohíbe que una misma persona obtenga (o cuente con participación mayoritaria) dos o más concesiones sobre un mismo ámbito sustancial de cobertura.

b) las emisoras de frecuencia modulada, para las que igualmente se prohíbe que una misma persona obtenga (o cuente con participación mayoritaria) dos o más concesiones sobre un mismo ámbito sustancial de cobertura, si bien la Ley permite aquí la acumulación de dos concesiones (pero no de dos participaciones mayoritarias) en un mismo titular cuando «por el número de las ya otorgadas queda suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica».

Por otro lado, la Ley exige que «cualquier modificación en la titularidad de las acciones [...] así como las ampliaciones de capital cuando la suscripción de acciones [...] no se realice en idéntica proporción entre los propietarios del capital social, deberá ser autorizada previamente por la Administración». Podemos entender que esta norma va encaminada a impedir que con posterioridad al otorgamiento de la concesión puedan alterarse las reglas antes referidas (básicamente, que una misma persona controle dos o más emisoras), pero lo cierto es que la disposición adicional no contiene parámetro objetivo alguno de la decisión a adoptar por la Administración.

Como se advierte, en materia de radiodifusión la garantía de la pluralidad empresarial se articula, en principio, mediante medidas preventivas, aplicables por el mismo órgano que otorga las concesiones (en onda media el Consejo de Ministros y en frecuencia modulada el Gobierno autonómico correspondiente), precisamente en el curso del procedimiento de adjudicación de las mismas. Sólo en los casos de modificación en la titularidad de las acciones o de ampliaciones de capital se prevé un control posterior, que parece adoptar la naturaleza de un procedimiento *ad hoc* de autorización administrativa previa.

II.

LA CREACION DE UNION RADIO EN 1993 Y SU APROBACION GUBERNAMENTAL

En 1991 el panorama de la radio convencional ⁽⁵⁾ en España estaba controlado por cuatro grandes cadenas, que en su conjunto dominaban aproximadamente el 80% de la audiencia: la cadena SER (2.763.000), Antena 3 (2.460.000), Radio Nacional (2.173.000 oyentes) y la cadena COPE (1.480.000) ⁽⁶⁾. Dejando aparte el caso de la radiodifusión pública, la composición accionarial que en esa fecha mostraban las tres grandes cadenas privadas era la siguiente: la SER pertenecía por completo al grupo Prisa (que había ido adquiriendo progresivamente la emisora entre 1981 y 1991), Antena 3 estaba controlada por el empresario Javier Godó, que poseía el 51% de sus acciones, y la cadena COPE era propiedad de la Conferencia Episcopal. Por lo que a la línea informativa se refiere, las dos últimas cadenas podían considerarse en aquella época como críticas con la política seguida por el Gobierno socialista entonces en el poder.

En verano de 1992 tiene lugar uno de los acontecimientos más relevantes de la historia de la radiodifusión de nuestra democracia: el pacto entre los empresarios Javier Godó y Jesús de Polanco, éste principal accionista del grupo Prisa, en cuya virtud el primero decide vender un buen número de sus participaciones en medios de comunicación al segundo ⁽⁷⁾. Este pacto se hace efectivo mediante una serie de operaciones societarias que acabarán traduciéndose finalmente en el control por el grupo Prisa del 47% de Antena 3 ⁽⁸⁾.

A finales de 1993 culminará el proceso de toma de control de Antena 3 por parte del Grupo Prisa, materializado en dos negocios jurídicos sucesivos. Inicialmente (3 de noviembre) se constituye como sociedad anónima Unión Radio (formada en un 80% por Prisa y en un 20% por Talleres de Imprenta --TISA--, perteneciente al grupo Godó), con el objetivo de gestionar de forma «conjunta e integrada» los recursos de la cadena SER y de Antena 3. Poco después (18 de noviembre), ambas sociedades formalizan un contrato de cesión de gestión según el cual la nueva entidad Unión Radio (controlada, no se olvide, por Prisa) se hará cargo de todo lo relativo a la estrategia empresarial, política comercial, personal, administración, formación, promoción, técnica, informática, asesoría jurídica, auditoría y gestión inmobiliaria de las dos emisoras, indicándose no

obstante que ambas conservarían su independencia jurídica y patrimonial, así como su «autonomía en materia de programación». Salta a la vista, sin embargo, que el objetivo final de toda la operación no era otro que la absorción final de Antena 3 por la cadena SER, como el hecho de la práctica desaparición de la primera demostrará poco después ⁽⁹⁾.

Vayamos ahora a la descripción de la actuación de los poderes públicos relativa a los hechos aludidos. Para ello es preciso partir de que el 1 de diciembre de 1993 las dos emisoras referidas realizaron ante el Servicio de Defensa de la Competencia la notificación (entonces voluntaria) prevista en el art. 15 LDC, calificando expresamente la operación como «concentración por contrato de cesión de gestión». Tras el pertinente procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió su correspondiente Dictamen (art. 16 LDC) el 24 de febrero de 1994, que concluía proponiendo al Gobierno la no autorización de la concentración, por cuanto ésta otorgaba a las empresas notificantes «un poder de dominio tal que puede obstaculizar gravemente el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de la radio», a menos que las citadas empresas accedieran al cumplimiento de determinadas condiciones.

Tres meses después, el Consejo de Ministros, en su Acuerdo de 20 de mayo de 1994, en aplicación de lo dispuesto en el art. 17 LDC, decidió no oponerse a la operación, siempre y cuando la SER y Antena 3 asumieran previamente una serie de condiciones, coincidentes en lo sustancial con las contenidas en el citado Dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia, y que se resumen en lo siguiente: la SER y Antena 3, conjuntamente, sólo podrán contar con un máximo de cuatro emisoras en las localidades con ocho o más, con un máximo de la mitad en localidades con menos de ocho emisoras y con un máximo del 40% de las localidades de cada Comunidad Autónoma que dispongan de una sola emisora. De momento, conviene llamar la atención sobre el contraste entre esta triple condición y las prohibiciones contenidas en la LOT, referidas en el apartado anterior de este trabajo.

En otro orden de consideraciones es preciso destacar que, como consecuencia del proceso de concentración aprobado (con condiciones) en 1994, el panorama de la radio convencional en España resultaba ser, a finales de dicho año, en apariencia bastante distinto al de 1991: aunque seguían siendo cuatro las cadenas que dominaban el 80% de la audiencia, una de ellas había desaparecido (Antena 3), otra había ocupado en parte su lugar (Onda Cero) y la distribución de los oyentes se había modificado de forma significativa. Así, la cadena SER figuraba en 1994 en cabeza (3.208.000 oyentes), seguida de la COPE (3.054.000), Onda Cero (2.171.000) y Radio Nacional (1.924.000) ⁽¹⁰⁾. Esta «relación de fuerzas» es la que se mantiene básicamente hasta la actualidad ⁽¹¹⁾.

Llegados a este punto, consideramos que hay un dato relevante al que convendría aludir, siquiera de pasada, y que tendrá interés en nuestras reflexiones posteriores. ¿Era realmente muy diferente, desde el punto de vista del pluralismo informativo, la situación de la radiodifusión en 1994 (fecha del Acuerdo enjuiciado por el Tribunal Supremo en la sentencia que vamos a comentar) en comparación con la de 1991? Formalmente parece que no, puesto que en los dos años de referencia existía el mismo número de emisoras privadas fuertes (tres), totalmente independientes entre sí. Si de otra parte atenemos a algo de muy difícil demostración, pero que seguramente será compartido por muchos, el grado de diversidad de tendencias informativas, podemos apreciar que tampoco la situación ha variado sustancialmente, pues la cadena SER mantiene un porcentaje similar de la audiencia y los anteriores oyentes de Antena 3 se reparten ahora, previsiblemente, entre la COPE y Onda Cero, emisoras que mantendrán una línea editorial similar a la propia de la cadena desaparecida. Resulta significativo que la mayor parte de los informadores y «tertulianos» de Antena 3 fueron a parar a la COPE, que seguramente por este motivo experimentó un importante aumento de su audiencia.

III.

LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

De entrada, debe destacarse que el objeto de enjuiciamiento por el Alto Tribunal en su sentencia de 9 de junio de 2000 no va a ser, al menos de forma directa, el conjunto de los negocios jurídicos integrantes del proceso de concentración estrictamente considerado, sino, en puridad, el Acuerdo del Consejo de Ministros que puso fin al procedimiento en cuestión. El pertinente proceso contencioso-administrativo había partido del recurso presentado por un relevante grupo de periodistas (vinculados en su día a Antena 3) ⁽¹²⁾ contra dicho Acuerdo, solicitando su anulación, lo que evidentemente obligará a dar al razonamiento jurídico un carácter peculiar, que no es otro que el propio del Derecho público, en su más genuino sentido ⁽¹³⁾.

Haciendo abstracción de cuestiones de detalle (el problema de la legitimación, aspectos puntuales del procedimiento seguido, etc.), de menor interés para nosotros, podemos sintetizar como sigue la respuesta del Tribunal Supremo a la pretensión de anulación del acto administrativo recurrido:

A) En la exposición (en realidad, también interpretación) que la sentencia, a lo largo de varios de sus fundamentos jurídicos, realiza del Derecho inicialmente aplicable al caso (la LDC) hay un elemento que nos importa destacar: en la resolución del Consejo de Ministros prevista en el art. 17 LDC resulta claro para el Alto Tribunal que aquél no sólo puede imponer condiciones a las empresas (FJ 11), circunstancia literalmente mencionada en el precepto («condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia»), sino también basar su decisión «no sólo en criterios concurrenciales, sino *también en otros de interés público*» (FJ 6; esta cursiva y todas las restantes son nuestras), algo, como sabemos, no previsto en la Ley de forma expresa.

B) Identificado el Derecho aplicable al caso, el Alto Tribunal comienza a analizar si en el supuesto concreto se dan las circunstancias legalmente previstas para que el Gobierno pudiera tomar una decisión como la que adoptó el 20 de mayo de 1994. En principio, la operación es calificada como de concentración económica (recordemos que los propios notificantes así lo hicieron constar en su día), pues tiene un cierto carácter de estabilidad y el propio Real Decreto 1080/1992, sobre el procedimiento a seguir en las concentraciones económicas, alude literalmente al «contrato de cesión o dirección de explotación» (FJ 9). Además, la identificación del mercado relevante en el Acuerdo recurrido ha sido, a juicio del Tribunal Supremo, la correcta y, en todo caso, «un hipotético mayor acierto en la definición del [mismo no] hubiera debido conducir a una decisión de sentido o contenido distinto a la adoptada en dicho acuerdo» (FJ 13) ⁽¹⁴⁾.

C) El análisis del acto administrativo objeto de recurso desde el punto de vista del Derecho de la competencia concluye sorprendentemente con las afirmaciones reseñadas; de esta forma, el planteamiento hasta ahora desarrollado (FF.JJ. 1 a 14) parece quedarse a medio camino, sin conclusión aparente, si bien más adelante el Tribunal Supremo parece admitir el cumplimiento por el Gobierno de las previsiones de la LDC al indicar, aun con notoria ambigüedad, que «las condiciones [fijadas en el Acuerdo recurrido] *podrían* ser eficaces en el campo competencial o concurrencial» (FJ 23).

Como decíamos, a partir del FJ 15 de la sentencia ésta experimenta un notable giro argumental, dejando de lado la problemática específica regulada por la LDC, y razonando desde aquí únicamente teniendo en cuenta la perspectiva de las normas constitucionales afectadas y, sobre todo, su correspondiente desarrollo, que vendría a introducir «límites mayores y *distintos* de los que bastan para asegurar la libertad de empresa en una economía de mercado». Así, tras la mención indirecta a los preceptos de nuestra norma fundamental en juego, desde un lenguaje más cercano a la teoría constitucional (sólo se cita, y de forma genérica, el art. 20 CE) que a la argumentación más propiamente jurídica (FJ 15) y tras las referencias de apoyo (o innecesario relleno), también genéricas, a diversos documentos europeos, a algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional y al propio Dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia (FF.JJ. 16 y 17), la identificación del Derecho aplicable al caso se centrará después, con carácter esta vez decisivo, en la disposición adicional 6.ª LOT, cuyo contenido ya conocemos. De entrada, interesa destacar las dos siguientes afirmaciones que el Tribunal Supremo realiza en torno a la citada disposición:

a) Las normas allí contenidas deben «ser tomadas en consideración, también, al ejercer la potestad administrativa de control de las operaciones de concentración en el ámbito [...] de la radiodifusión sonora» (FJ 18). Aquí el Alto tribunal parece extraer las consecuencias oportunas de la afirmación, introducida de pasada en un momento anterior de su argumentación, según la cual la decisión gubernamental que pone fin al procedimiento de concentración puede fundarse en cualquier criterio «de interés público», no sólo en la vulneración de las reglas de la libre competencia.

b) Tales normas representan la «traducción del criterio del legislador acerca de cuáles son las situaciones no deseables para el fin último que persiguen, condensado en la idea de preservación del pluralismo informativo en el sector de los medios de radiodifusión sonora» (FJ 20). En otras palabras, la disposición adicional 6.ª LOT es considerada como el desarrollo legislativo de las normas constitucionales que consagran el pluralismo informativo (cuáles sean éstas, todavía está por ver), aplicado al específico sector de la radiodifusión.

D) Vayamos a continuación al análisis, en la sentencia que comentamos, de la aplicación por el

Gobierno de la tan mentada disposición adicional 6.ª LOT. Aquí el Alto Tribunal se detiene en su apartado 1 e), según el cual, como ya sabemos, «una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuando exploten servicios de radiodifusión sonora que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura».

Dejando de lado tanto los problemas competenciales implicados ⁽¹⁵⁾ como el elemento de la coincidencia sustancial de ámbitos de cobertura, evidente en el caso de las cadenas SER y Antena 3 (*vid.* las referencias correspondientes en el FJ 18), el otro elemento integrante del supuesto de hecho previsto en la norma (participación mayoritaria de la misma persona en dos o más concesionarios) no coincide del todo con los hechos en su día analizados por el Consejo de Ministros y que dieron lugar al Acuerdo después recurrido. De entrada, el propio Tribunal así lo reconoce al afirmar que «contempladas estrictamente desde la literalidad de su definición, es cierto que con la operación de concentración objeto de este proceso no surgieron *exactamente* ninguna de las situaciones jurídicas previstas [en la LOT], pues no se modificó la titularidad de las concesiones ya otorgadas para la explotación de servicios de radiodifusión sonora, ni una misma persona pasó a ser partícipe mayoritario --en la aceptación accionarial, que se presenta como la más propia de la expresión-- en más de una sociedad concesionaria» ⁽¹⁶⁾, para añadir después que «contempladas desde su razón de ser, desde su espíritu o finalidad, o desde el estado de cosas que se pretende evitar, sí se produjo una situación en el funcionamiento real del mercado *análoga o similar* a la definida», ya que «los negocios jurídicos a través de los cuales se instrumentó la operación de concentración de que se trata producen, ellos mismos, un *efecto equivalente* al que produciría la participación mayoritaria de una misma persona, jurídica en este caso, en más de una sociedad concesionaria; esto es, un efecto equivalente a la acumulación en ella del poder de control de la toma de decisiones en los órganos de administración de tales sociedades» (FJ 21).

La teoría del efecto equivalente no es nueva en nuestro Derecho mercantil y la Sala 3.ª integra oportunamente esta importante construcción en su jurisprudencia. Aquí la sentencia opera, en principio, con corrección, al examinar con detalle la concentración operada mediante la cesión de gestión desde el punto de vista de sus efectos, aun al margen de las cláusulas literalmente pactadas entre las partes; por ejemplo, según el Tribunal Supremo, que ambas emisoras conserven su «autonomía en materia de programación [...] no es significativo, ya que *es sabido* que la programación resulta *en buena medida* condicionada por la gestión económica».

Conviene en todo caso hacer notar (y esto es importante) que, en realidad, el Alto Tribunal no ha analizado en el trascendental FJ 21 de la sentencia comentada la finalidad de la disposición adicional 6.ª LOT (recordemos: el pluralismo informativo, según el propio Tribunal, FJ 20), estrictamente considerada, sino tan sólo si la cesión de gestión implica la aparición de hecho de un único concesionario donde antes existían dos. El análisis de la afectación real al pluralismo informativo no se ha llevado propiamente a cabo, soslayado mediante el implícito argumento de que, al haberse incumplido la prohibición legal, el enjuiciamiento sobre los fines últimos perseguidos por ésta resulta improcedente. Con anterioridad la sentencia había ya adelantado esta esencial postura metodológica, en una frase sorprendente que conviene transcribir ahora, dada su importancia: «en el enjuiciamiento jurídico --y no desde otra perspectiva-- que en el Estado de Derecho se atribuye a los Tribunales de Justicia, *lo decisivo no ha de ser si la operación de concentración menoscaba o no, realmente, el pluralismo informativo, y sí si con ella se produce o no la situación que el legislador consideró no deseable a los fines de preservar éste*» (FJ 20).

E) A la vista de todas las consideraciones precedentes, se comprenderá que la conclusión de todo el razonamiento del Tribunal Supremo no puede ser más que la anulación del Acuerdo recurrido (FJ 22), que en su día debió declarar improcedente, sin condiciones, la operación de concentración notificada, no porque ésta vulnerara la libre competencia, entendida en sentido estricto o económico, sino porque supuso, de hecho, el incumplimiento de la prohibición establecida en la disposición adicional 6.ª.1 e) LOT.

IV.

LOS RIESGOS E INSUFICIENCIAS DE LA SOLUCION ADOPTADA

Salta de inmediato a la vista lo avanzado de la decisión judicial que hemos tratado de resumir, la cual sin duda habrá de ser considerada esencial en la evolución de nuestro Derecho de los medios de comunicación. Evitando caer en todo formalismo y encarando directamente un problema de marcadas connotaciones políticas ⁽¹⁷⁾, nuestro Tribunal Supremo ha obrado con valentía, declarando ilegal la aprobación gubernamental de una de las más importantes (y criticadas) operaciones de concentración de medios realizada en España.

Ahora bien, preciso es añadir también que la línea argumental adoptada en la sentencia no está exenta de aspectos criticables, por cuanto deja traslucir algunos puntos débiles, sobre todo dos, que en cierto modo han sido ya aquí adelantados:

A) El Tribunal Supremo obliga al Gobierno a aplicar en un procedimiento relativo a un sector específico, el de los procesos de concentración económica regulados por la LDC, normas ajenas (aunque evidentemente relacionadas) a este procedimiento, lo que puede acarrear problemas importantes, como el de la posible incompetencia del Gobierno para decidir de esta forma ⁽¹⁸⁾. Otro dato refuerza esta impresión: recordemos que, examinando la disposición adicional 6.ª LOT en su conjunto, observábamos que su aplicación tiene su lugar natural *ex ante*, en el de otorgamiento de las concesiones de emisoras radiofónicas, y no *ex post*, menos aún en cualesquiera procedimientos en los que el Gobierno haya de pronunciarse ⁽¹⁹⁾.

B) El Tribunal Supremo realiza una presunción discutible, al dar por bueno, hasta sus últimas consecuencias, el pronunciamiento del legislador, en cuyo juicio, por exagerada autocontención, evita entrar ⁽²⁰⁾. Si admitimos, en primer lugar, que la LOT es legítimo parámetro normativo de la decisión que pone fin al procedimiento anticoncentración de la LDC y, en segundo lugar, que la cesión de gestión equivale al control efectivo de todas las sociedades cedentes, podemos dar la razón al Alto Tribunal y considerar que la disposición adicional 6.ª ha resultado incumplida. Ahora bien, si examinamos con detenimiento el problema apreciamos que la finalidad perseguida por la norma no ha tenido, en realidad, entrada alguna en el razonamiento, de forma tal que todo el esfuerzo realizado resulta a la postre inútil.

Veámoslo más despacio. La cesión de la gestión acordada en noviembre de 1993 por la SER y Antena 3 equivale de hecho, según la sentencia, a la toma de control por una sola persona jurídica (Prisa) de las dos emisoras de radiodifusión citadas, lo que infringe claramente la disposición adicional 6.ª.1 e) LOT. Consideremos ahora lo que sucedió poco después, cuando Antena 3 desapareció en la práctica como emisora independiente: el proceso de concentración llegó entonces a su culminación y, en este momento final, paradójicamente, el incumplimiento (temporal) del precepto citado de la LOT quedó sanado, pues desde 1994 Prisa sólo controlará una concesionaria de onda media, y no dos, que es lo único que literalmente prohíbe, antes y ahora, la norma. Esto es algo que el Tribunal Supremo silencia y que lamentablemente el Gobierno no pudo alegar, por carecer del cauce procesal oportuno.

Desde un similar orden de consideraciones, retomemos ahora la referencia a determinados datos de la realidad puestos de manifiesto en el apartado II de este trabajo. Sin ánimo de entrar ahora, con el necesario detalle, en la espinosa cuestión del contenido concreto que deba darse al mandato constitucional del pluralismo informativo, ya convinimos entonces que, pese a las apariencias, el proceso de concentración enjuiciado no parecía en realidad haber afectado a dicho mandato, ya que otra empresa había entrado en funcionamiento (seguían siendo tres las emisoras privadas de cobertura nacional) y, aventurando una incursión en el terreno de los contenidos (lo que en el apartado I denominábamos pluralismo en sentido estricto), la diversidad de tendencias informativas no había sufrido una modificación sustancial. Otro dato importante que el Tribunal Supremo ha soslayado, por quedarse en la mera constatación del incumplimiento puntual de la prohibición legal, sin atender a la finalidad última perseguida por la misma.

Desde una perspectiva más general, las insuficiencias presentes en la solución adoptada se hacen más patentes. Haciendo abstracción de la inutilidad de una decisión recaída a los seis años de los hechos enjuiciados, es preciso destacar, sobre todo, que aunque el proceso de concentración fue finalmente declarado, bien que indirectamente, ilegal por el Tribunal Supremo, a la vista del desarrollo de los acontecimientos, consideramos que esta ilegalidad se ha producido, antes por la aparición casual de una serie de circunstancias que por la ejecución de una normativa encaminada directamente a lograr el resultado pretendido: habida cuenta de la paralización de los procedimientos anteriores, téngase en cuenta que, si el procedimiento de la LDC no se hubiera iniciado (lo que en su día resultaba posible, dado el carácter voluntario de la notificación), nada hubiera sucedido ⁽²¹⁾. Ciertamente es que en su nueva redacción la LDC establece el carácter obligatorio de las notificaciones y, por tanto, la necesaria apertura del procedimiento correspondiente, pero ha de tenerse en cuenta que esta normativa sigue observando el fenómeno de la concentración desde una perspectiva exclusivamente económica, pudiendo darse con frecuencia el caso de concentraciones dañinas para el pluralismo informativo pero inocuas para la libre competencia ⁽²²⁾, de forma tal que la garantía legal de aquél seguiría todavía dependiendo de la aparición de una circunstancia en puridad ajena al mandato constitucional.

Llegados a este punto, es de justicia reconocer que los problemas apuntados no traen causa de un razonamiento judicial que, pese a sus riesgos, puede considerarse a grandes rasgos

beneficioso en la lucha por la difícil consecución del pluralismo informativo, sino sobre todo de una normativa legal calificada desde hace años de notoriamente insuficiente para dotar de eficacia al mandato constitucional del pluralismo informativo ⁽²³⁾. En el siguiente apartado ofreceremos alguna prueba más al respecto.

V.

LA NECESARIA CLARIFICACION DE LAS CATEGORIAS CONSTITUCIONALES IMPLICADAS

Volvamos de nuevo al análisis de la sentencia (cuyo comentario ha de centrar nuestro trabajo), que deja también traslucir, en relación con los últimos problemas apuntados, algunas insuficiencias. Indirectamente ya hemos criticado la escasa mención realizada a las normas constitucionales de aplicación; recordemos que tan sólo se hacía una alusión genérica al art. 20 de la Constitución Española. Pues bien, a nuestro entender una correcta identificación de las normas constitucionales en juego, de su fundamento, contenido y efectos, resulta esencial para encarar con acierto no sólo la necesaria reforma legal sino también, de *sententia ferenda*, la construcción de una más sólida argumentación jurídica en casos como el que nos ocupa.

La sentencia es un vivo ejemplo de una forma de razonar todavía muy común en nuestros tribunales ordinarios, de ahí también su gran interés: pese a realizarse una pormenorizada cita de principios, mandatos y derechos de naturaleza constitucional (Estado democrático, pluralismo político, pluralismo informativo, opinión pública libre, derecho a recibir información, derecho de sufragio) ⁽²⁴⁾, cuyo contenido apenas se analiza, se soslayan después todas las consecuencias que cabría lógicamente extraer después de los mismos. La Constitución se nos presenta así más bien como un elemento retórico que no llega a penetrar del todo en el razonamiento jurídico ⁽²⁵⁾.

A nuestro juicio, el Alto Tribunal debió, en primer lugar, haber sido más preciso en la identificación de las normas aplicables (arts. 1.1, 9.2, 20.1 *d* y 23.1 de la Constitución Española) y, en segundo lugar, haber intentado una mínima decantación de las categorías constitucionales implicadas (¿son valores, principios, mandatos o derechos?; ¿qué contenido deóntico presenta cada una de las normas constitucionales en juego?; en caso de que estuviéramos en presencia de uno o más derechos fundamentales, ¿entraría en escena su faceta objetiva o su consideración como derecho subjetivo?) ⁽²⁶⁾. De haber sido atendidas estas imprescindibles cuestiones, seguramente se habría caído en la cuenta de la inutilidad final de todo el procedimiento, administrativo y judicial, para lograr la satisfacción de los intereses correspondientes.

Sólo alguna opinión podemos aquí adelantar a modo de conclusión, necesariamente telegráfica y desde luego precisada de un desarrollo ulterior, que no estamos ahora en condiciones de aportar ⁽²⁷⁾: si el pluralismo informativo sirve, ante todo, al derecho del público a obtener una información veraz [lo que entre otras cosas parece exigir una información plural ⁽²⁸⁾], lo relevante no habrá de ser conseguir tan sólo el mero pluralismo empresarial (un mayor o menor número de emisoras) sino más bien impedir que ninguna de las cadenas en funcionamiento o que una determinada línea informativa (imaginemos cinco emisoras independientes con similar número de oyentes y una idéntica tendencia política) controle un porcentaje significativo de la audiencia, considerando a todos los medios de comunicación en su conjunto ⁽²⁹⁾. Ahora bien, siendo evidente, en primer lugar que la normativa vigente, contenida en la disposición adicional 6.ª LOT, no sirve a este propósito y, en segundo lugar, que no resulta posible, al menos en supuestos como el contemplado en la sentencia aquí analizada, una interpretación de la Ley de conformidad con la Constitución (en nuestro caso, una interpretación de la LOT auténticamente finalista), parece que no queda otra solución que plantear la inconstitucionalidad de toda esa normativa legal ⁽³⁰⁾, por la desprotección que implica del derecho de todos los ciudadanos a recibir una información veraz ⁽³¹⁾.

En el caso planteado, la normativa legal sirvió (insistimos, casi por casualidad) para anular el Acuerdo impugnado, por lo que seguramente hubiera resultado improcedente el planteamiento por el Tribunal Supremo de una cuestión de inconstitucionalidad (por omisión). Sin embargo, creemos que la sentencia comentada (y aquí reside sobre todo su trascendencia futura) abre perfectamente la vía para que esta cuestión pueda plantearse en lo sucesivo: si la LOT, en otro caso, no sirviera de fundamento suficiente para obligar a la Administración a declarar nulo un proceso de concentración realmente dañoso para el pluralismo informativo, debería plantearse de plano su inconstitucionalidad por vulneración del art. 20.1 *d*) de la Constitución Española.

(1) Por todos, últimamente, A. Rallo Lombarte, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, *passim*. Ver texto

(2) Queda fuera de esta referencia, en la que se pretende sintetizar, toda alusión a los servicios de radiodifusión digital terrenal, regulados ya pero todavía pendientes de su implantación efectiva. Para una visión general de las garantías del pluralismo informativo en nuestro ordenamiento remitimos a G. Escobar Roca, «Libertad de expresión, pluralismo y derecho a la competencia en España», *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho de la Información y de la Comunicación*, núm. 1, 2000. Ver texto

(3) Pese a que lo realmente importante para la salvaguarda del principio democrático y del derecho a recibir información veraz es garantizar el pluralismo en sentido estricto, esto es, el pluralismo de los contenidos, las medidas directamente encaminadas a este fin normalmente se refieren, en la legislación estatal, tan sólo a la radiodifusión pública: así, el «principio inspirador» del «respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico» (art. 4 c de la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y la Televisión) o el «acceso [...] de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad» (arts. 20.3 CE y 24 de la citada Ley 4/1980), normas ambas, por cierto, sistemáticamente incumplidas. Ver texto

(4) El texto ha sufrido diversas reformas. Por lo que aquí interesa, los arts. 14 a 18 han sido modificados por los Reales Decretos-Leyes 6/1999 y 6/2000. A la última redacción aludiremos en lo sucesivo, salvo cuando las diferencias con la originaria resulten significativas o imprescindibles para entender la sentencia comentada, que tiene en cuenta el texto vigente en 1994. Ver texto

(5) Las emisoras de radio suelen clasificarse en dos grandes grupos: radio convencional, con contenidos generalistas, y radio fórmula, con contenidos especializados, normalmente de tipo musical. Desde el punto de vista que aquí interesa, el del pluralismo informativo, resulta evidente que son las emisoras del primer grupo las que debemos tomar básicamente en consideración. Ver texto

(6) Datos recogidos del Estudio General de Medios de 1991 y publicados en B. Díaz Nosty, *Informe anual de la comunicación 1997-1998*, Grupo Zeta, Madrid, 1998, pág. 200. Ver texto

(7) *Vid.*, p. ej., R. Reig, *Medios de comunicación y poder en España*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 64. Ver texto

(8) Nótese que, como afirmará después el Tribunal de Defensa de la Competencia, basándose en éste y otros datos (*vid.* las referencias correspondientes en el FJ 2 de la sentencia aquí comentada), la concentración a la que de inmediato haremos referencia ya se había producido en 1992, sin que al parecer se hubiera iniciado el procedimiento previsto en la DA 6.ª.1 e) LOT (previa autorización gubernamental de «cualquier modificación en la titularidad de las acciones, participaciones o títulos equivalentes de las sociedades concesionarias del servicio público de radiodifusión sonora»). Ver texto

(9) *Vid.* B. Díaz Nosty, «El estado de la comunicación. Informe sobre los medios en España», en *Comunicación Social 1995/Tendencias*, Fundesco, Madrid, 1995, págs. 103-104. Ver texto

(10) Datos recogidos del Estudio General de Medios de 1994 y publicados en B. Díaz Nosty, *Informe anual...*, *cit.*, pág. 200. Ver texto

(11) Los últimos datos con que contamos («Segunda oleada» de 2000 del Estudio General de Medios) confirman que estas cuatro cadenas siguen dominando aproximadamente el 80% de la audiencia y por el mismo orden: Cadena SER (4.118.000 oyentes), Cadena COPE (2.560.000), Radio Nacional (2.045.000, considerando sólo a Radio 1) y Onda Cero (1.686.000). Ver texto

(12) Se trataba de los periodistas Antonio Herrero, Manuel Martín Ferrand, Melchor Miralles, Pedro J. Ramírez, Luis Angel de la Viuda, Federico Jiménez Losantos, José María García y Luis Herrero. Ver texto

(13) Como destaca la doctrina más reciente (por todos, J.E. Soriano García, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, esp. págs. 17 y ss.), la naturaleza pública del Derecho de la competencia resulta incuestionable, afirmación trasladable, con mayor razón, a las normas de garantía del pluralismo informativo. Seguramente el hecho de que haya sido la Sala 3.ª la llamada a resolver este caso ha permitido imprimir al mismo el sesgo peculiar que proporciona la entrada de categorías típicas del Derecho público y, en especial, de categorías constitucionales (de escaso uso en la jurisprudencia civil), bien que sin un desarrollo plenamente consecuente de las mismas, como veremos. Ver texto

(14) Sin que podamos extendernos aquí sobre esta compleja cuestión, conviene hacer notar lo erróneo del planteamiento del Tribunal Supremo al dar por buena la identificación gubernamental del mercado local como mercado relevante. Desde cualquiera de los parámetros a utilizar (ingresos publicitarios y audiencia, fundamentalmente), resulta evidente que el mercado relevante de la radiodifusión es el mercado nacional. Agradezco esta y otras observaciones a Alberto Pérez Gómez, primer experto español en materia de concentración de medios. Ver texto

(15) Pese a que la LOT no aclara bien este punto (soslayado también en la propia sentencia), parece que el control de la concentración de emisoras de frecuencia modulada debería corresponder a los respectivos Gobiernos autonómicos, pues son las Comunidades Autónomas las competentes en general en materia de ejecución de las normas básicas sobre medios de comunicación social y en particular en el otorgamiento de las concesiones correspondientes (arts. 149.1.27.ª CE y 26.5 LOT, respectivamente). Ver texto

(16) En este párrafo de la sentencia, como en muchos otros, el Tribunal Supremo parece querer minimizar el incumplimiento de la legalidad por parte del Gobierno, evitando así toda sospecha de prevaricación. Ver texto

(17) No es preciso recordar que la problemática de los medios de comunicación se presenta, casi por definición, inextricablemente unida a la realidad política (por todos, últimamente, F. Vallespin, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, págs. 186 y ss.). En los últimos años esta situación se hace mucho más patente en España, y el caso que nos ocupa es un buen ejemplo de ello. De ahí la valentía del Tribunal Supremo, que va más allá de lo arriesgado de su construcción jurídica, pues en casos como éste no es infrecuente que los tribunales miren para otro lado, eludiendo encarar el problema con pretextos formalistas o de *self-restraint*. Ver texto

(18) Recordemos que el parámetro de la decisión del Gobierno sobre la concentración no está expresamente enunciado en la LDC y ya hemos manifestado alguna duda sobre la legitimidad de fundamentar en cualquier norma del ordenamiento dicha decisión. Detrás de nuestra preocupación se encuentra sobre todo la necesidad de preservar el carácter contradictorio del procedimiento administrativo, en garantía de los derechos de los interesados. El art. 89.1 de la Ley 30/1992 ofrece, sin embargo, una posible salida al disponer que «cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba». Ver texto

(19) Téngase en cuenta que la sentencia ha optado por examinar la legalidad del Acuerdo recurrido desde la perspectiva de la letra e) del apartado 1 de la referida DA 6.ª, y no desde la letra f), cuyo supuesto de hecho coincidiría más claramente con la concentración notificada. Quizás esta selección se deba a que los problemas procedimentales resultan menores en la letra e): mientras que ésta no se refiere literalmente a ningún procedimiento concreto (pese a que, como adelantamos, parece que la norma está pensando en el momento de la adjudicación de las concesiones), la letra f) alude, bien que implícitamente, a un procedimiento *ad hoc*, no iniciado en su día por el Gobierno. Ver texto

(20) El limitado «enjuiciamiento jurídico» al que se alude en el FJ 20 ya citado, implica una visión reduccionista de lo jurídico, propia de un cierto paleopositivismo, que impide considerar la adecuación constitucional de las disposiciones legales. Como después veremos, la sentencia evita llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de supremacía normativa de la Constitución, por cuanto huye de todo análisis que vaya más allá de la letra de la ley. Sobre este punto *vid.*, con carácter general, nuestras consideraciones expuestas, al hilo de la lectura del jurista italiano Ferrajoli, en *Derechos y Libertades*, núm. 9, 2000. Ver texto

(21) Ciertamente, como ya sabemos, existe una normativa específica encaminada a la consecución del pluralismo informativo en la radiodifusión en supuestos como el enjuiciado en la sentencia (la DA 6.ª.1 f LOT), pero su inutilidad ha quedado aquí puesta bien de manifiesto. Recordemos que en realidad la concentración entre la SER y Antena 3 ya había tenido lugar en 1992, y ninguna actuación pública concluyó entonces con éxito; permítanos el lector omitir el largo relato de los intentos anteriores para conseguir paralizar la concentración (considerada inicialmente como acuerdo anticompetitivo) y de las argucias procesales contrarias. Ver texto

(22) *Vid.*, en este sentido, el fundamental trabajo de A. Pérez Gómez, «Las concentraciones de medios de comunicación», *Quaderns del CAC*, núm. 7, 2000, esp. págs. 88-89. Ver texto

(23) Tempranamente, E. García Llovet, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991, págs. 363-372. Entre la bibliografía más reciente, T. Quadra-Salcedo, «Informe preliminar sobre el régimen jurídico del audiovisual» y J.J. González Encinar, «Modelos comparados de regulación de lo audiovisual», ambos en *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 51-58 y 103-106 respectivamente; A. Rallo Lombarte, *Pluralismo...*, *cit.*, págs. 216-220; A. Pérez Gómez, «La concentración...», *cit.*, pág. 89. Ver texto

(24) En efecto, grandilocuentes frases no faltan en la sentencia, todas ellas perfectamente asumibles en lo esencial: «El pluralismo de los medios de comunicación social *es un valor en sí mismo*, al ser esencial para el proceso de formación de la opinión pública y, por tanto para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas», a lo que se añade que la garantía del pluralismo «exige más bien que cualquier, pensamiento, idea, opinión o información tenga acceso al proceso de comunicación, y que los potenciales receptores puedan disponer de un contraste de fuentes de opinión y de información». De otro lado, tampoco se pierde de vista la perspectiva de los derechos fundamentales, por cuanto se afirma que «las libertades del art. 20 *no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano*, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que *es un valor fundamental* y un requisito de funcionamiento del Estado democrático; que para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas; o que la función institucional propia del *derecho de información* es la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático» (FJ 16). Ver texto

(25) *Vid.* lo afirmado en la nota 20. Ver texto

(26) Algún atisbo de respuesta a estas cuestiones se observa sin embargo en los FF.JJ. 20 (naturaleza prestacional del derecho a recibir información) y 23 (distinción entre lesión al derecho y vulneración de norma preventiva), en este último caso por resultar imprescindible para resolver sobre la nulidad o anulabilidad del Acuerdo. Ver texto

(27) En trabajos anteriores hemos ya expuesto algunas tesis: además del artículo citado en la nota 2, *vid.* «¿Quién debe controlar la televisión?», en *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 153 y ss.; «La libertad de programación y sus límites», en *Telecomunicaciones por cable*, LA LEY, Madrid, 1999, págs. 411 y ss. y «Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, págs. 361 y ss. Ver texto

(28) En efecto, si como afirma la tendencia dominante, desde hace ya algunos años, en la Teoría del conocimiento (Gadamer, Habermas, Luhmann, Watzkawuck, etc.), «la realidad no existe, se construye», de lo que se sigue el subjetivismo de la información, parece lícito concluir que cuanto más amplio sea el número de transmisores de ésta, mejor podremos aproximarnos a una cierta veracidad, siempre en todo caso relativa. Agradezco la observación al profesor Pedro Farré, buen conocedor de esta problemática. Ver texto

(29) La doctrina parece unánime en este punto: por todos, últimamente, J.J. González Encinar, «Modelos...», *cit.*, págs. 103-106. Ver texto

(30) Desde hace tiempo otros Tribunales Constitucionales así lo han hecho en relación con disposiciones legislativas bastante más rigurosas que las nuestras: *vid.*, entre otras, la Decisión 217/1986, del Consejo Constitucional francés o la sentencia 420/1994, de la Corte Constitucional italiana. Ver texto

(31) Nos encontraríamos así en presencia de un supuesto de inconstitucionalidad por omisión. Hemos centrado nuestra argumentación en un derecho fundamental y no en un mandato o en un principio constitucional debido a la superior normatividad de este tipo de normas. Sobre este punto *vid.* nuestro comentario bibliográfico publicado en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 4, 2000, esp. págs. 367-368. Ver texto