



Edita: Laboratorio de Tecnologías de la Información y Nuevos Análisis de Comunicación Social

Depósito Legal: TF-135-98 / ISSN: 1138-5820

Año 1º – Director: [Dr. José Manuel de Pablos Coello](#), catedrático de Periodismo

Facultad de Ciencias de la Información: Pirámide del Campus de Guajara - [Universidad de La Laguna](#) 38200 La Laguna (Tenerife, Canarias; España)

Teléfonos: (34) 922 31 72 31 / 41 - Fax: (34) 922 31 72 54

## Convergencia y televisión: retos del legislador

Alberto Pérez Gómez ©

Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Comunitario

Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá

[dpapg@alcala.es](mailto:dpapg@alcala.es)

Sumario: **I. La televisión y el legislador.** 1. La televisión. 1.1. Definición. 1.2. Televisión y sociedad. 2. La legislación de la televisión: fases históricas. 2.1. Primera fase: la era del monopolio. 2.2. Segunda fase: el sistema dual (televisión pública y privada). 2.3. La necesidad de adaptación de las normas a los cambios tecnológicos: hacia una tercera fase. **II. La convergencia en el sector de las comunicaciones.** 1. La convergencia: causas y efectos. 2. El nuevo mercado de las comunicaciones. 2.1. Definición de los nuevos servicios de comunicaciones. 2.2. Tipos de servicios en el nuevo mercado de las comunicaciones. 2.3. Estructura de la cadena de producción. 2.4. Las empresas en los nuevos mercados. 2.4.1. Aspectos generales. 2.4.2. El problema del acceso a los nuevos mercados y el peligro de creación de posiciones dominantes. 2.4.3. Estrategia empresarial en los nuevos mercados. 3. Los agentes sociales y su papel en el desarrollo del proceso de convergencia. 3.1. Empresas. 3.2. Consumidores. 3.3. Legislador. **III. Convergencia y televisión: retos del legislador.** 1. La televisión digital. 2. Retos del legislador de la televisión en la era digital. 2.1. Regulación de contenidos y establecimiento de sistemas de control efectivos. 2.2. Redefinición del servicio público. 2.3. Garantía del pluralismo y límites a la concentración. 2.4. Derechos de propiedad intelectual vs. derecho de acceso de los espectadores. 2.5. Concesión de licencias y aprovechamiento del espectro radioeléctrico. 2.6. Transición del sistema analógico al digital. 2.7. Determinación del modelo de autoridad competente.

I. La televisión y el legislador. 1. La televisión. Cuando Baird realizó en 1925 la que se considera la primera transmisión pública de televisión (consistente en la difusión de la imagen borrosa de una muñeca) (1), estaba lejos de imaginar que iniciaba así la historia del medio de comunicación de masas más popular y poderoso que se ha empleado de manera generalizada hasta la fecha. La televisión, al permitir la retransmisión en tiempo real de imágenes en movimiento y sonidos y hacer posible su fácil recepción en todos los hogares, ha revolucionado la forma en la que los ciudadanos se informan y se entretienen.

### 1.1. Definición de televisión

Desde un punto de vista técnico, la televisión podría ser definida como la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio (2). La televisión se caracteriza también porque se trata de un servicio de

difusión en el que una persona, el emisor, transmite de forma simultánea un determinado programa a varios puntos de recepción (one to many), donde los espectadores sólo pueden optar por ver el programa en ese momento o por no verlo (3).

## 1.2. Televisión y sociedad

Sin entrar en un análisis exhaustivo del impacto de la televisión en nuestra sociedad, cabe destacar ciertas áreas en las que ha tenido una especial incidencia:

- La televisión es el principal instrumento de ocio de los ciudadanos, quienes, según datos de 1997, veían en España más de tres horas de televisión al día de promedio (4).
- La televisión se ha convertido en la principal fuente de información de los ciudadanos, especialmente en países como España, donde los índices de lectura de prensa diaria son muy bajos (5).
- Los partidos políticos, conscientes de este hecho, desarrollan gran parte de su actividad pública en la televisión, con especial intensidad en época de elecciones. Todo ello hace que la televisión juegue un papel esencial en la formación de la voluntad popular (6).
- La televisión desempeña también una labor muy importante desde el punto de vista cultural y educativo, hasta el punto de que algunos autores apuntan que ha asumido un papel fundamental en el ámbito de la socialización, en detrimento de otros agentes sociales como la familia, la escuela o el trabajo (7).

Ese protagonismo se debe a la generalización de uso de la televisión, convertida en un producto de consumo masivo; a la facilidad con la que cualquier espectador puede acceder a los contenidos televisivos; al empleo de técnicas de transmisión especialmente diseñadas para captar la atención de los televidentes; y a la influencia que ejerce la televisión sobre los espectadores, especialmente en los menores.

## 2. La legislación de la televisión: fases históricas

Todos estos aspectos de índole social, cultural y política han sido tenidos en cuenta por el legislador a la hora de establecer un régimen jurídico específico para la televisión, no sólo más restrictivo que el aplicable a otros sectores económicos distintos del de los medios de comunicación, sino más estricto también que el aplicable a la prensa escrita o la radio.

Pero esta regulación más intensa de la televisión en comparación con otros medios de comunicación no se ha debido históricamente sólo a su mayor impacto social, sino también a motivos y argumentos de orden técnico. Los avances científicos en este sector hacen que algunos de los argumentos técnicos que se han empleado para justificar la adopción de determinados modelos normativos hayan dejado de ser válidos. El legislador, antes o después, así lo ha reconocido, de manera que aunque los intereses sociales y culturales que se intentan proteger hayan sido y sean esencialmente los mismos, la regulación ha ido experimentando notables variaciones como consecuencia de los cambios tecnológicos acaecidos. Dentro de la historia de la regulación de la televisión, cabe así distinguir tres fases.

### 2.1. Primera fase: la era del monopolio

Una primera fase, que podría ser denominada de monopolio, se extiende desde la aparición de la televisión hasta los años 80 y principios de los 90, dependiendo del país europeo de que se trate.

En un principio, y debido a limitaciones de orden técnico relacionadas con el aprovechamiento del espectro radioeléctrico, sólo era posible emitir en cada país un único canal de televisión por ondas terrestres. En estas circunstancias, los estados consideraron que lo más apropiado era hacer de la televisión un servicio público esencial gestionado directamente por el estado en régimen de monopolio. Con ello se intentaba evitar que este influyente medio de comunicación pudiese ser usado por una persona o una empresa para la defensa de sus intereses particulares. En vez de eso, el estado asumía la prestación de un servicio público a los ciudadanos, consistente en la difusión de una programación que respondiese a criterios sociales y culturales de interés general; y en el compromiso del estado de dotar a la televisión de una estructura que garantizase el pluralismo interno de este medio de comunicación y el acceso al mismo de los distintos grupos sociales y políticos.

En la práctica, sin embargo, las obligaciones de la televisión pública estaban a menudo establecidas de una manera sumamente difusa, y monopolios de ese tipo han sido usados en muchos lugares para exponer de manera preferente los

puntos de vista del gobierno y silenciar la crítica al mismo, sin que se llegasen a establecer realmente estructuras independientes y mecanismos de control que garantizaran la igualdad de condiciones de acceso a la televisión pública por parte de los distintos grupos (8).

Pese a esos problemas en la formulación de las normas sobre televisión y en la ejecución material de las mismas, era, no obstante, comúnmente aceptado que, dadas las limitaciones técnicas existentes, el monopolio televisivo como tal estaba plenamente justificado.

Sin embargo, los avances tecnológicos hicieron posible la difusión de un mayor número de canales por ondas, y también se desarrollaron nuevas modalidades de difusión, como el satélite y el cable. La tecnología venía así a invalidar uno de los argumentos de mayor peso para la justificación de la existencia de un monopolio televisivo: el de la imposibilidad técnica de emitir nuevos canales (9).

Tanto los tribunales nacionales como europeos admitieron durante años que el monopolio constituía un mecanismo idóneo para la garantía del pluralismo informativo (10), pero a la vista de estos cambios acabaron finalmente considerando que, en las nuevas circunstancias, los monopolios tenían precisamente el efecto contrario y suponían un obstáculo al pluralismo y una restricción indebida de la libertad de expresión e información (11).

## 2.2. Segunda fase: el sistema dual (televisión pública y televisión privada)

Estos cambios llevaron finalmente a una profunda reforma de las normas sobre televisión, que ha propiciado el paso a una segunda fase, en la que nos hallamos, caracterizada por la aparición y consolidación de las televisiones privadas. Las prioridades de los legisladores europeos en esta fase siguen siendo básicamente las mismas: garantizar, entre otras cosas, el pluralismo informativo, la existencia de una programación variada, el respeto de los derechos fundamentales, la promoción de la cultura, la defensa del interés de los espectadores (con especial atención a la infancia y la juventud), el respeto a la propiedad intelectual.

El legislador debe ahora cumplir esos objetivos en un marco distinto, que requiere nuevas soluciones. La aparición de las nuevas televisiones privadas hace que al legislador se le hayan planteado nuevos retos y problemas a los que debe dar respuesta. Entre estos, podemos destacar los siguientes: la posibilidad de realizar o recibir retransmisiones transfronterizas, y las dificultades que plantea el control de las mismas; la presión comercial, que trae consigo un aumento del número de anuncios emitidos y la aparición de la contraprogramación; el aumento del riesgo de emisión de programas que puedan ser perjudiciales para la formación de la juventud y la infancia; el peligro de concentración de medios de comunicación en manos privadas; la aparición de las televisiones de pago, y su impacto en el mercado televisivo; los problemas asociados a la concesión de licencias y a la determinación del uso del espectro radioeléctrico; la competencia entre televisiones públicas y privadas; la posibilidad de difundir la televisión por distintas vías (cable, satélite, ondas); la dificultad que plantea el control del número cada vez mayor de canales existente.

El legislador ha ido adoptando medidas encaminadas a dar una solución a esos problemas. Así, se han articulado mecanismos europeos de colaboración; se ha dispuesto que todas las televisiones tienen la obligación de defender la cultura europea y nacional, y que su programación debe cumplir con ciertas cuotas de emisión de programas de ese origen; y se han establecido límites a la emisión de publicidad y de programas que puedan ser perjudiciales para los menores de edad. Como respuesta al peligro de la concentración, se han fijado límites al número de canales que puede controlar un operador de televisión, o a la participación que dicho operador puede tener en un canal de televisión. Además, se ha regulado la publicidad electoral y, en algunos países, se han establecido autoridades independientes con competencias en la atribución de licencias y en el control del cumplimiento de las normas (12)...

## 2.3. La necesidad de adaptación de las normas a los cambios tecnológicos: hacia una tercera fase

Aunque las normas en esta materia estén en parte armonizadas en Europa, los distintos legisladores nacionales han dado distintas soluciones a estos problemas. La idoneidad de dichas soluciones y su grado de cumplimiento varían sensiblemente según los países, dependiendo en gran medida de la voluntad de los poderes públicos de aplicar de manera efectiva las normas adoptadas y de la capacidad de respuesta del legislador a los cambios tecnológicos que se van produciendo.

Los avances técnicos hacen que normas que en su día pudieron ser apropiadas para conseguir los fines perseguidos por el legislador dejen de serlo. Sin embargo, muchos legisladores no adaptan la normativa a la nueva situación más que cuando se ven forzados a ello, limitándose entonces a adoptar criterios desarrollados previamente por otros países. Esta distinta capacidad de respuesta hace que la legislación europea sea en muchos aspectos asimétrica, pudiendo distinguirse países

que intentan anticiparse a estos cambios y dar respuestas innovadoras acordes con la nueva situación del sector, y países en donde, por falta de previsión o por presiones internas de los medios de comunicación existentes, se tarda mucho más tiempo en modificar la normativa (13).

En el momento actual, la evolución de la técnica hace que nos encontremos en una época de grandes cambios, y que estemos entrando en una tercera fase, caracterizada por el fenómeno de la convergencia. Es necesario estudiar de manera previa dicho fenómeno y analizar sus implicaciones técnicas y sociales para poder a continuación elaborar propuestas normativas apropiadas para la defensa del interés general en este nuevo entorno.

## II. La convergencia en el sector de las comunicaciones

### 1. Convergencia: causas y efectos

La expresión "convergencia" hace referencia al proceso de integración creciente de varios sectores que hasta ahora habían venido permaneciendo relativamente separados: el sector de los medios de comunicación, el de las telecomunicaciones y el de las tecnologías de la información (14).

Esta convergencia se produce como consecuencia de la digitalización, que permite que todo tipo de datos (textos alfanuméricos, gráficos, fotos, sonidos o imágenes en movimiento) necesarios para la prestación de distintos servicios (TV, radio, teléfono, transmisión de datos, servicios on line...), se transformen en un sólo tipo de unidades básicas de información (bits), lo que posibilita su almacenamiento en soportes comunes (15), el fácil tratamiento de la información y su rápida transmisión a través de distintos medios (cable de televisión y telefónico, satélite, ondas terrestres) (16).

Eso hace técnicamente posible que empleando técnicas de transmisión digital, a través de cualquiera de estos medios de transmisión se pueda prestar cualquiera de estos servicios: así, por ejemplo, los cables que antes se utilizaban para hablar por teléfono pueden ser empleados para transmitir televisión, y a la inversa; y ambas redes permiten la transmisión de datos y el acceso a Internet. Gracias a la digitalización y al empleo de sistemas de compresión de la información, también se aumenta muy considerablemente la capacidad de transmisión de las redes de telecomunicaciones y el aprovechamiento del espectro radioeléctrico, haciendo posible, por ejemplo, la emisión de cientos de canales de televisión.

La digitalización no sólo afecta a los sistemas de transmisión, sino también a los equipos electrodomésticos que emplean los consumidores. Ahora, con un sólo aparato (una Web-TV o un PC-TV que disponga de una conexión a una red de telecomunicaciones de banda ancha), será posible, por ejemplo, tanto ver la televisión como realizar llamadas telefónicas o crear y consultar bases de datos. Pero, además de hacer posible el acceso a todos estos servicios que antes correspondían a sectores distintos, los nuevos equipos permiten realizar gran cantidad de funciones que antes no podía llevar a cabo ninguno de ellos (correo electrónico, consulta de bases de datos de todo el mundo, publicaciones on-line, videoconferencia...) de manera que el resultado de la convergencia es más que la mera suma de las partes (17).

Destaca especialmente la posibilidad de llevar a cabo servicios interactivos: el usuario ya no se limita a recibir la programación que le suministra un tercero, sino que puede decidir el servicio que quiere recibir o el programa que quiere ver, y el momento en el que desea hacerlo, lo que permite la personalización de los servicios. Ello hace posible tanto el vídeo bajo demanda (video-on-demand) (18) como muchos otros servicios, tales como el telebanco o múltiples otras formas de comercio electrónico, en el que el cliente puede elegir el producto o el servicio que desea a partir de un catálogo electrónico.

El desarrollo de estos servicios bajo demanda puede tener una gran incidencia en la legislación del sector: ya no estaríamos realmente en una actividad de radiodifusión, en la que una persona o empresa emite una información que es recibida simultáneamente por un número elevado de espectadores (one to many). En los servicios bajo demanda, es el usuario el que selecciona una información de las que le ofrece en su catálogo el proveedor del servicio (one- to- one) (19), de manera que se excluye de la recepción del servicio a los que no lo elijan expresamente, y si se presta bajo remuneración, a los que opten por no pagarlo. Existen además sistemas de filtrado que permiten que los propietarios de los equipos impidan el acceso no deseado a terceros (por ejemplo, programas de software que sirven para evitar el acceso de menores a ciertos tipos programas). Todo ello reduce muy considerablemente la posibilidad de acceso involuntario o indeseado a un determinado programa.

En estos sistemas, aún por desarrollar en toda su capacidad, la actividad desarrollada por el usuario se asemeja más a la lectura de un libro escogido de una biblioteca que a la tradicional recepción de un programa de radiodifusión (20). La aplicación de las normas tradicionales a los servicios bajo demanda es claramente inapropiada en muchos casos, como sucede con la imposición de cuotas de producción europea o la prohibición de emitir determinados programas fuera de

determinados horarios. Los legisladores, conscientes de las diferencias entre la radiodifusión y los servicios bajo demanda, han decidido de momento no extender a esta modalidad la aplicación de las normas que regulan la televisión (21).

## 2. El nuevo mercado de las comunicaciones

### 2.1. Definición de nuevos medios de comunicación

La convergencia, en todo caso, crea un nuevo mercado de comunicaciones, que necesita una nueva definición. Proser, Verhulst y Goldberg proponen la denominación de "nuevos medios de comunicación" (new media), que serían canales de comunicación digitales a través de los cuales pueden difundirse de manera conjunta textos, gráficos, imágenes en movimiento y sonido, permitiendo múltiples formas de producción, transmisión, recepción y almacenamiento. Se trata de medios de comunicación interpersonales y de masas al mismo tiempo, que combinan comunicación pública y privada, lo que origina una confusión que plantea importantes problemas desde el punto de vista normativo (22).

### 2.2. Tipos de servicios en el nuevo mercado de comunicaciones

Según estos autores, la distinción entre mercados ya no se hará tomando básicamente en consideración la modalidad empleada para la transmisión de la información (cable, ondas, satélite...). Dichos autores distinguen, para comenzar, tres mercados diferenciados desde el punto de vista de los consumidores: hogares, empresas e instituciones oficiales (23). Y desde el punto de vista de los servicios prestados, que es la clasificación que consideran más relevante, distinguen cinco categorías:

- Comunicaciones: incluye tanto las estrictamente personales -one to one- (p. ej., el teléfono) como las que se lleven a cabo con uno o múltiples destinatarios -one to many-, tales como el e-mail, la videoconferencia; la participación en newsgroups con personas con intereses comunes...;
- Transacciones comerciales (banco en casa, comercio electrónico...): su éxito depende del desarrollo de los sistemas de "pago seguro" a través de las redes informáticas;
- Información: desarrollo de servicios de información on-demand, que permiten al usuario acceder a mucha más información, hacerlo cuando él lo desee y personalizar el servicio que recibe (24). Pese a todas las ventajas que ofrece esta tecnología, existe un peligro cierto de saturación por exceso de información -information overload-, por lo que serán muy importantes los sistemas de navegación que ayuden al usuario a filtrar la información y orientar y simplificar su búsqueda;
- Entretenimiento (juegos interactivos, vídeo y music-on-demand, realidad virtual...); y
- Servicios de interés general, como educación y telemedicina.

Según Prosser, Goldberg y Verhulst, aunque la convergencia y la evolución del mercado pueda hacer que se difuminen las fronteras entre los tipos de servicios y esta clasificación deba reformularse en el futuro, de momento dicha clasificación debería servir como guía al legislador, que debería adoptar normas apropiadas para cada categoría de servicios y tecnológicamente neutras (25).

### 2.3. Estructura de la cadena de producción

Desde el punto de vista de la cadena de producción industrial, se pueden distinguir cinco niveles:

- Productores de contenidos (Content Providers), que incluye a quienes realizan programas de ordenador -software-, a editores, productores de televisión o radio, compañías musicales, titulares de derechos de retransmisión;
- Distribuidores comerciales de los contenidos (Content and Services Packagers), que partiendo de los contenidos de los que disponen, eligen el momento y la forma en la que los van a comercializar: aisladamente o unidos formando paquetes (bundling of channels/services); en abierto o previo pago...; les dan una marca comercial (branding); y los ofrecen al público por alguno de los medios de distribución a su alcance, bien off-line (CD-ROM's) o bien on-line (por ejemplo, vía Internet, o una plataforma de TV digital);



- Operadores de infraestructuras (Network Builders), que llevan a cabo la instalación y mantenimiento de éstas (redes de cable y de teléfono, sistemas de comunicación por satélite, repetidores...);

- Operadores de la red o proveedores de servicios (Network Operators/Service Providers), que valiéndose de las infraestructuras ofrecen servicios de información y programas de entretenimiento, o comunicaciones personales (teléfono, e-mail, videoconferencia), o conjuntamente ambos tipos de servicio, permiten el acceso de los usuarios a la red; y se encargan de la facturación a los clientes. Estos operadores pueden ser al mismo tiempo propietarios de las infraestructuras; o pueden no serlo, en cuyo caso arrendarán el uso de la red a los propietarios de las mismas, bien porque carezcan de redes propias, o bien porque estén desarrollando una red pero ésta no esté completa, supuesto éste en el que es muy importante garantizar la interoperabilidad de las nuevas redes con las ya existentes y la interconexión a las mismas en condiciones transparentes, apropiadas y no discriminatorias (26); y

- Proveedores de equipos y aplicaciones necesarios para el acceso a esos servicios (Access Application or site equipment Providers), lo que incluye a los productores de equipos electrónicos necesarios para la recepción de estos servicios (tales como PC's, TV's, decodificadores, equipos de comunicaciones portátiles...); y a los productores de aplicaciones destinadas bien a facilitar el acceso a los servicios (como los navegadores -browsers- que permiten al usuario determinar la información o el servicio que va a recibir), o bien a limitar el acceso a los mismos a determinados usuarios, como sucede con los sistemas de codificación necesarios para desarrollar la TV de pago y el comercio electrónico.

## 2.4. Las empresas de comunicación en los nuevos mercados

### 2.4.1. Aspectos generales

La nueva estructura industrial del sector puede dar lugar en algunos casos a la desaparición de determinadas fases de la cadena de producción, ya que muchos servicios se prestarán directamente gracias a las nuevas tecnologías, eliminando intermediarios. Así, por ejemplo, los periódicos electrónicos no necesitan kioscos, o los titulares de derechos de retransmisión (distribuidoras cinematográficas, los equipos de fútbol...) pueden crear su propio canal en vez de vender sus derechos. Ese mismo fenómeno se dará en el sector comercial. Por ejemplo, la reserva de billetes de avión la hará gran parte de los consumidores directamente desde sus domicilios vía Internet, lo que permite a las compañías aéreas disminuir sus gastos en oficinas y personal, ya que para muchas transacciones les basta con mantener una única "oficina electrónica" a la que, además, se puede acceder desde todo el mundo. Esas compañías logran así ampliar su mercado y reducir costes, lo que les permitirá vender los billetes a menor precio y con mayor margen de beneficio (27).

La nueva estructura llevará también a la convergencia de mercados antes separados (como el del sector de edición y el de la radiodifusión, o el de la telefonía y el del acceso a Internet); y crea nuevas oportunidades comerciales: las nuevas tecnologías aumentan las posibilidades de acceso al mercado a través de distintas redes de telecomunicaciones y disminuyen considerablemente los costes, tanto para la elaboración de contenidos como para su difusión (28).

### 2.4.2. El problema del acceso a los nuevos mercados y el peligro de creación de posiciones dominantes

En relación con los servicios de información, la disminución de las barreras de acceso tradicionales puede hacer que se pase del problema de la escasez de espectro radioeléctrico y de canales disponibles al problema contrario: el de la superabundancia. En el nuevo entorno digital, en el que los consumidores podrán recibir cientos de canales de televisión y acceder de forma interactiva a bases de datos de todo el planeta, dichos consumidores demandan algún sistema que simplifique el acceso a esa cantidad ingente de información y que les facilite información sobre cuál de todos los programas o ficheros disponibles sobre una materia es el que presenta mayor interés, o sobre a qué empresa de las que ofrecen servicios de comercio electrónico acudir. De la misma forma, los operadores que distribuyen contenidos y las empresas que ofrecen servicios de comercio electrónico necesitan alguna forma de destacarse en medio de una oferta tan amplia.

Esa labor de intermediación entre la oferta y la demanda la llevan a cabo herramientas electrónicas (navegadores, guías de programación electrónica) que indican a los usuarios los programas o empresas existentes en una determinada categoría y, para simplificar a los consumidores la labor de toma de decisiones, recomiendan a éstos la elección de algunos de esos programas o servicios. Si una empresa consigue implantar su navegador o su guía de programación electrónica en el mercado, conseguirá una posición de control que le otorgará un gran poder tanto sobre usuarios como sobre proveedores de contenidos: aunque los proveedores pongan a disposición de los usuarios miles de contenidos, dichos usuarios sólo pueden materialmente acceder a un número reducido de estos, que tenderán a ser los que les recomiende la empresa propietaria del sistema de navegación.

Éste es un ejemplo de los riesgos que los nuevos peligros que se crean desde el punto de vista del control empresarial: entre las distintas fases del proceso industrial, hay gateways, es decir, vías de acceso. En determinados puntos de esas vías de acceso sigue habiendo problemas de escasez, lo que da lugar a la formación de cuellos de botella (bottlenecks). Existe el peligro de que en esos puntos de acceso especialmente sensibles, una empresa adquiera una posición de control (gatekeeper) que le permita evitar la competencia o imponer sus condiciones a sus competidores.

Siguiendo con el ejemplo anterior, en la posición de control entre los proveedores de los miles contenidos disponibles y los usuarios hay un cuello de botella, debido a la limitada capacidad de acceso a la información de estos segundos. La empresa que consiguiese imponer su navegador en el mercado adquiriría una posición de control, estando en condiciones de determinar en gran medida qué productos o servicios de todos los disponibles son los que iban a consumir los usuarios (29).

Aunque ahora sea mucho más fácil crear y difundir contenidos, los que realmente demanda el público y por los que está dispuesto a pagar son sin embargo escasos (fútbol en directo, películas de estreno, emisiones musicales de éxito...), por lo que se existe un cuello de botella, y si una empresa se hace con todos los derechos de retransmisión o difusión exclusivos, ello hará que aunque haya muchos canales disponibles, los espectadores sólo deseen ver los de la empresa titular de esos derechos de retransmisión, que alcanzaría así un monopolio de facto gracias a su posición de control (30).

De la misma forma, existe un cuello de botella en relación con los decodificadores. Los nuevos servicios que se emitan codificados, como todos los servicios de pago (que serán la mayoría, y los de mayor valor añadido) necesitan emplear un sistema de acceso condicional, cuya función básica es permitir el acceso a los servicios sólo a aquellos que estén autorizados a recibirlos. Los decodificadores son parte esencial de esos sistemas de acceso condicional (31). Dichos decodificadores pueden ser universales (multicrypt); o pueden emplear sistemas propietarios simulcrypt, de manera que en principio sólo sean válidos para ver las emisiones de la empresa propietaria del sistema, si bien pueden recibir también programas de otros operadores de televisión si estos llegan a un acuerdo con dicha empresa.

A falta de un estándar común obligatorio, existe el peligro de que las empresas propietarias de decodificadores que empleen el sistema simulcrypt intenten aprovechar su condición de pioneras en el mercado (first mover advantage) para que los consumidores adquieran su decodificador y éste se imponga como estándar de facto en el mercado, para lo que normalmente esa empresa estará dispuesta a subvencionar su adquisición.

Si esa empresa logra su objetivo y consigue imponer en el mercado su sistema, dicha empresa puede decidir que a través de ese decodificador sólo se vean sus programas o los de otros operadores de televisión que lleguen a un acuerdo con ella, lo que podría tener como consecuencia que los posibles competidores que no logren alcanzar un acuerdo podrían tener cerrado el acceso al mercado, porque para prestar sus servicios necesitarían convencer a los usuarios para que adquiriesen un segundo decodificador, lo que resulta muy complicado (32). La empresa propietaria de los sistemas de acceso condicional estaría en una situación de gatekeeper que le permitiría decidir quién puede usar esos sistemas y qué programas pueden emitirse, y podría también establecer los precios que quisiese o imponer determinadas condiciones contractuales (33).

Peligros similares se plantean en relación con el acceso a las redes de cable y la interoperabilidad e interconexión de éstas; con los sistemas operativos informáticos; con la distribución de los programas en paquetes; con la facturación y gestión de clientes... (34). Estos peligros se pueden incrementar notablemente si una empresa está presente en dos o más fases del proceso. Así, por ejemplo, si el propietario de los sistemas de navegación también oferta determinados contenidos, aprovechará su posición para orientar a los espectadores hacia sus propios productos, y si controla al mismo tiempo los sistemas de acceso condicional, sólo permitirá que los empleen terceras empresas si éstas se comprometen a ofrecer sólo programas que no compitan con los suyos. Los poderes públicos tienen un importante papel que jugar en estos supuestos, interviniendo allí donde una empresa alcance un nivel de dominio en el mercado que ponga en riesgo la competencia en el mismo (35).

#### 2.4.3. Estrategia empresarial en el nuevo mercado de las comunicaciones

Las empresas, alegando motivos de eficiencia económica y la existencia de sinergias, establecen su actuación y su política de alianzas en función del objetivo de integrarse verticalmente, estando presentes en varias fases del proceso productivo (36). El estado, sin embargo, debe asegurar que esas estrategias empresariales no permitan a una empresa controlar varios cuellos de botella y hacerse así con una posición dominante en este mercado, y allí donde esa posición dominante se haya establecido, asegurar que ello no tiene como consecuencia el que se cierre un determinado mercado a medio y largo plazo. En los casos en que sea necesario, el estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso al mercado a las empresas competidoras en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias (37).

Los cambios que introducen estas nuevas tecnologías además de afectar muy significativamente a los medios de comunicación de masas, hacen posible también la aparición de nuevos servicios a distancia con grandes implicaciones sociales y económicas, lo que lógicamente despierta el interés de las empresas. El potencial de futuro del sector lleva a que empresas ya presentes en alguno de los sectores implicados en la convergencia pasen a integrarse verticalmente, ampliando su participación a los otros sectores participantes en la misma, con la intención de ser capaces de prestar de forma conjunta todos los servicios de comunicaciones. Así, es cada vez más frecuente la entrada de las empresas de telecomunicaciones o de informática en los medios de comunicación o la firma de alianzas estratégicas entre empresas pertenecientes a estos sectores (38). Pero, dada la importancia de este proceso, también otras grandes empresas, que compiten en mercados maduros, quieren estar presentes en este mercado todavía por desarrollar y que ofrece grandes oportunidades (39).

Sin embargo, hay un elemento cuando menos inquietante en este proceso desde el punto de vista empresarial: la incertidumbre que rodea al mismo. Ninguna empresa sabe realmente cuál es el alcance de los cambios que se avecinan ni tampoco si el avance frenético de la tecnología les permitirá rentabilizar sus inversiones antes de que los productos que hayan desarrollado queden obsoletos. Y también se desconoce cuánto tiempo será necesario para lograr la masa crítica de consumidores que permita a las empresas recuperar sus cuantiosas inversiones, y si ello será antes de que queden asfixiadas por los gastos financieros que hayan tenido que asumir.

Las nuevas tecnologías permiten la prestación y recepción de estos servicios desde cualquier parte del mundo, por lo que las empresas pasan a competir globalmente, en la que es necesario tener un tamaño y un mercado suficientemente importantes para poder acceder a economías de escala de las que depende su competitividad, o su capacidad de pujar por la compra de los derechos de retransmisión de los programas más solicitados, vitales para su supervivencia.

Son precisamente las características del proceso industrial en este sector (globalización; incertidumbre del proceso; los enormes costos y riesgos que hay que asumir) las que las empresas piden que sean tenidas en cuenta a la hora de permitir alianzas entre empresas competidoras para desarrollar un nuevo mercado, o a la hora de permitir el establecimiento de sistemas propietarios (40).

Por ello, en ocasiones los estados consideran necesario imponer un estándar común que permita la interoperabilidad de los equipos, que aumente la confianza de los consumidores en que los equipos producidos no van a quedar rápidamente obsoletos, y que garantice que el sistema escogido es el que ofrece una mayor calidad. Los estados están, sin embargo, sujetos a una gran presión por parte de las industrias, que afirman que si no tienen suficientes posibilidades de obtener ingresos, no invertirán ni asumirán el elevado riesgo inherente al desarrollo de una nueva tecnología. Sobre los tensos procesos de negociación sobre la admisión de sistemas propietarios o la fijación de estándares comunes, vid. S. Kaitatzi-Whitlock, *European Audiovisual Policymaking: An Elusive Target*, 1996. que permitan rentabilizar sus inversiones y los riesgos asumidos. Según las empresas, si no se crea un marco económico viable, nadie querrá invertir en estos sectores, y los ciudadanos no recibirán estos servicios. Sin embargo, tanto el establecimiento de alianzas entre competidores como el de sistemas propietarios cerrados que impidan el acceso a terceros pueden tener efectos sumamente restrictivos para la competencia y también para el pluralismo. Como destaca el comisario Marcelino Oreja, es necesario alcanzar un equilibrio entre los límites al nivel de concentración del mercado, para evitar que se ponga en peligro la competencia en el mismo y el pluralismo, y entre la creación de un entorno empresarial que favorezca la inversión y el desarrollo de este sector (41).

### 3. Los agentes sociales y su papel en el desarrollo del proceso de convergencia

El resultado de este proceso de convergencia depende en buena medida de la actitud de las empresas, de los consumidores y del legislador.

#### 3.1. Empresas

La adopción de determinadas posturas por empresas del sector podría suponer un importante freno al proceso. Ello sucedería, por ejemplo, si una empresa alcanza una posición de dominio en estos nuevos mercados y aprovecha esa posición para incrementar sus beneficios en vez de centrarse en mejorar los servicios (42). El desarrollo de los nuevos servicios puede también verse frenado, por ejemplo, por los problemas que se le plantean a las empresas titulares de derechos de propiedad intelectual en relación con la explotación de dichos derechos en este nuevo entorno. Si a causa de esos problemas, los contenidos más demandados por los consumidores no son ofrecidos a través de los nuevos medios de comunicación, ello afectará lógicamente a la generalización del uso de esos servicios (43).

Por el contrario, ciertas conductas empresariales pueden colaborar a la rápida implantación de estos servicios en el mercado, como sucede con la adopción de acuerdos sobre los estándares técnicos a emplear y que garanticen la compatibilidad de los



equipos; o por ejemplo la subvención a la venta de los equipos electrodomésticos necesarios para la recepción (instalación gratuita de antenas, subvención de decodificadores, difusión gratuita de sistemas de navegación...) (44).

### 3.2. Consumidores

La aceptación por los consumidores de estos servicios depende en gran medida de que las empresas consigan desarrollar realmente todo el potencial que permiten éstos. Para ello, deben conseguir prestar los servicios más demandados por los usuarios, deben ofrecer a éstos seguridad (por ejemplo, garantizando la intimidad de las comunicaciones y la fiabilidad de los pagos realizados por vía electrónica) y, en general, deben prestar los servicios en condiciones asequibles. Para ello, el acceso a esos servicios y su manejo debe resultar sencillo para los usuarios, de manera que los no iniciados no vean en ello una barrera de acceso, como puede suceder con las personas de más edad; y debe también tener un precio razonable, ya que para muchos usuarios puede ser muy gravoso hacerse con todo el equipo necesario (televisor digital o decodificador o PC), con la incertidumbre de si quedará pronto obsoleto, y pagar, además, tanto la cuota de acceso al servicio básico como el consumo individual de determinados programas.

### 3.3. Legislador

Por lo que respecta al legislador, éste tiene un papel fundamental que desempeñar:

- estableciendo un marco empresarial en el que se incentive la innovación y la participación en el proceso, garantizando al mismo tiempo la apertura de los mercados;
- adoptando las medidas legales oportunas para asegurar que lleva a cabo el mejor aprovechamiento posible de los recursos (como, por ejemplo, el espectro radioeléctrico o los derechos de propiedad intelectual);
- manteniendo como prioridad la defensa de los intereses de los consumidores;
- y fomentando el uso de estos nuevos servicios: a) desde la educación, que debe evitar la aparición de un nuevo tipo de analfabetismo (computer illiteracy) que puede convertirse en un factor de exclusión social (45); b) por medio de su uso por parte del propio estado, y c) revisando, en su momento, el concepto de servicio público en este sector, de manera que amplíe el tipo de servicios cuyo acceso se garantiza en condiciones asequibles para todos los ciudadanos (46).

El legislador tiene que tener en cuenta las distintas implicaciones del proceso sobre la sociedad, la economía, el empleo, la investigación, la seguridad colectiva... Este trabajo se centra en los efectos que tenga el proceso sobre los medios de comunicación, si bien el legislador, al adoptar su decisión sobre el modelo a seguir, debe tener en cuenta todos los otros aspectos. En todo caso, es fundamental que la legislación responda a los retos de la globalización y que sea capaz de dar respuesta de manera rápida y eficiente a los problemas que se vayan planteando, antes de que algunas empresas puedan aprovechar el vacío legislativo para configurar los mercados en función de sus intereses particulares (47).

Uno de los mayores retos con los que se enfrenta el legislador es el de establecer una regulación apropiada para la época de transición del presente entorno mediático a otro digital. Hasta que los usuarios empleen de forma generalizada estos nuevos servicios pasará todavía un número incierto de años, que variará, además, según los países. Mientras tanto, el legislador debe al mismo tiempo regular la situación actual, en la que los medios de comunicación tradicionales mantienen su importancia, y la situación futura de convergencia entre los distintos sectores, que es la que están tomando en cuenta los grupos de comunicación y de telecomunicaciones a la hora de elaborar sus estrategias.

## III. Convergencia y televisión: retos del legislador

### 1. La televisión digital

En esa fase de transición intermedia, al principio de la cual nos hallamos, los servicios de comunicación, telecomunicaciones e informáticos siguen prestándose de forma diferenciada, pero empieza a haber oferta conjunta de los mismos: en Internet se ofrecen a menudo servicios de telefonía; la televisión digital permite la conexión a Internet a través del televisor; y las compañías de telecomunicaciones ofrecen por el mismo cable servicios de telefonía, televisión y acceso a Internet.

Por lo que respecta concretamente a los servicios de televisión, las nuevas tecnologías hacen que junto a la televisión analógica tradicional, sea ahora posible recibir TV digital, que aporta sustanciales mejoras. Para comenzar, y desde un punto

de vista técnico, ofrece una mejor calidad de imagen (imagen digital en formato 16:9) y de sonido (similar al de un CD), y asegura la eliminación de posibles interferencias. Ahora es posible recibir televisión digital vía satélite, cable u ondas terrestres (48).

En todo caso, cada una de estas modalidades de transmisión ofrece hoy a los operadores de televisión distintas ventajas e inconvenientes:

	Coste para el operador	Coste para el consumidor (+ decodific.)	Cobertura del territorio nacional	Capacidad actual de transmisión	Interactividad	TV local
Cable	Alto	Tarifa de conexión	Muy lenta	Casi ilimitada	Excelente	Si
Satélite	Bajo	Antena	Instantánea	Buena	Limitada (tfno. y módem como vía de retorno)	No
Ondas	Bajo	Ninguno	Rápida & permite portátil	Limitada	Muy limitada (ídem., y menos canales que sat.)	Si

**Fuentes:** Tabla comparativa de la televisión por ondas terrestres, por cable y por satélite en la era digital, en C. Murrioni, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, p. 39, y la tabla comparativa sobre modalidades de televisión digital de C. Rico, *De la televisión analógica a la televisión digital, transparencia expuesta en su conferencia pronunciada en Cuenca en el congreso sobre el marco jurídico del mercado de las telecomunicaciones*, 7 a 9 julio de 1997. Las técnicas de compresión de la imagen empleadas para la emisión de los programas permiten un mejor aprovechamiento tanto del espectro radioeléctrico como de la capacidad de transmisión del cable, lo que permite emitir por las mismas frecuencias un número mucho mayor de canales. Este hecho, unido a la reducción de los costes de producción, permite un considerable aumento de la oferta, de manera que los espectadores pueden recibir paquetes con decenas de canales.

El aumento del número de canales disponible también permite diversificar los contenidos, y crear canales dirigidos a nichos de mercado específicos que no cubría la televisión generalista. El desarrollo de los sistemas de transmisión digital hace posible, además, la prestación de nuevos servicios, como el near-video-on-demand (49). Y con la posibilidad añadida de acceder desde la televisión a Internet o de llevar a cabo telecarga de programas informáticos con la ayuda de los equipos receptores apropiados (un decodificador o set-top box, o un PC-TV).

Las plataformas digitales existentes en la actualidad, que emiten principalmente vía satélite, no prestan aún de forma integrada todos los servicios de comunicación (televisión, teléfono, acceso a Internet...). Y tampoco se ofrecen todavía todos los servicios que la tecnología hace posibles, como el video-on-demand. Pero se trata tan sólo de una cuestión de tiempo, y la convergencia plena será una realidad cuando mejore la infraestructura de telecomunicaciones y todas las redes sean operativas, lo que permitirá pasar de la situación actual, en la que recuperar una imagen en movimiento seleccionada por el usuario lleva varios minutos, a otra futura en la que vía Internet o una televisión digital el usuario podrá recibir cuando desee imágenes en movimiento y sonido en tiempo real (50). Estos servicios se recibirán por medio de un aparato que reunirá características de televisión y de ordenador personal, sin que pueda de momento preverse cuál de las dos tecnologías predominará (51).

La mayor parte de estos servicios se recibirán previo pago, lo que es posible gracias a los avances en técnicas de acceso condicional, que permiten que el espectador elija los canales concretos que desea recibir, o cobrar al usuario por el consumo concreto de un determinado programa (servicios de pago por visión -pay-per-view-). Esta forma de explotación permite potencialmente obtener ingresos más elevados, ya que los índices de audiencia de la televisión en abierto sólo muestran el número de personas que tiene interés en un programa, pero no el valor que los espectadores dan al mismo (52), lo que sí pueden explotar comercialmente las televisiones de pago. Gracias a ello, las televisiones de pago pueden obtener ingresos

muchos mayores si son capaces de alcanzar una masa crítica de abonados (53). Esto hace que las televisiones de pago están dispuestas a ofrecer cantidades más elevadas por los derechos de retransmisión exclusiva de los programas de mayor demanda y por los que los espectadores estarían más dispuestos a pagar (fútbol, cine de estreno...). Ello puede perjudicar sensiblemente a las televisiones que emiten en abierto, que pueden verse afectadas por la pérdida de esos derechos de retransmisión, y por la fragmentación de la audiencia que trae consigo el aumento de los canales disponibles.

El éxito de los nuevos servicios, muchos de los cuales serán de pago, dependerá en buena medida de la calidad de la oferta de las televisiones que emitan en abierto, que en todo caso seguirán dominando el mercado durante varios años (54). El reto de las televisiones digitales es aprovechar la tecnología a su alcance, que por poderosa que sea no es más que una herramienta, para ofrecer servicios televisivos y de otros tipos (acceso a Internet, banco en casa, correo electrónico...) por los que los ciudadanos estén realmente dispuestos a pagar, tanto para adquirir el equipo necesario para la recepción de dichos servicios (55) como por los servicios en sí. Como ponen de manifiesto algunos miembros de la industria audiovisual, muchos espectadores son pasivos, no tienen especial interés en configurar su propia programación, y lo que demandan son servicios y contenidos atractivos. En palabras de Thoma, presidente de la cadena alemana RTL, "al espectador le importa poco si los programas le llegan por vía analógica, digital o si se los trae el cartero: lo que deben es gustarle, cautivarle" (56).

## 2. El legislador de la televisión en la era digital

Desde el punto de vista del legislador, son varios los problemas a los que hay que hacer frente, destacando como más importantes los siguientes:

### 2.1. La regulación de los contenidos y el establecimiento de sistemas de control efectivo del cumplimiento de dicha regulación, dentro de un entorno caracterizado por la convergencia y la globalización

La regulación de los contenidos televisivos debe garantizar la protección de la infancia y de la juventud, el respeto de la dignidad humana y del honor, la intimidad y la libre imagen, la defensa de la cultura y la defensa del interés de los consumidores (57) (límites a la publicidad, al patrocinio...).

Estos objetivos no son nuevos, y ya existen normas destinadas a su protección. Sin embargo, en algunos casos resultan inadecuadas para el nuevo entorno, como sucede con la aplicación de cuotas de programación europea a canales temáticos (especialmente si provienen de países no europeos) (58) o a canales que ofrecen servicios de pago por visión.

Cabe destacar también que la normativa que regula la televisión emitida por ondas suele ser más estricta que la que regula la televisión por cable y por satélite. El advenimiento de la televisión digital terrestre y la instalación de nuevas redes de cable podría hacer que la forma de transmisión no sea relevante desde el punto de vista de los usuarios y que esa desigualdad en perjuicio de las televisiones por ondas terrestres no estuviese justificada, además de que cabría la posibilidad de que las empresas de televisión emitiesen vía satélite y cable para eludir el cumplimiento de las normas sobre televisión por ondas. Muchos autores afirman por ello que la legislación no debe prestar atención a la modalidad técnica empleada para llevar a cabo la emisión, sino al tipo de servicio de que se trate (emisión en abierto, de pago, bajo demanda...), estableciendo límites más estrictos en algunos aspectos para los programas que se emitan en abierto (59).

En todo caso, un problema de la máxima relevancia que se plantea es la dificultad existente a la hora de llevar cabo el control del cumplimiento de las normas relativas a los contenidos, ya que ahora los espectadores pueden llegar a recibir cientos de canales, incluyendo emisiones procedentes de otros países.

A su vez, esa posibilidad de llevar a cabo retransmisiones transfronterizas puede usarse en fraude de ley para violar las normas nacionales (60). Existe, además, la posibilidad de eludir la prohibición de difusión de determinados contenidos por televisión procediendo a transmitirlos a través de Internet, a la que no se aplica la legislación de televisión. Y si en un país se prohíbe también la difusión de determinados contenidos por Internet, la empresa afectada por la prohibición puede establecerse o difundir la información vía Internet desde un país en el que esa prohibición no exista (safe havens), y desde allí poner dicha información a disposición de usuarios de todo el mundo, incluyendo a los de su país de origen (61).

La Comisión Europea, consciente de este problema, ha presentado en 1997 una comunicación relativa a la difusión de contenidos ilegales por Internet (que se puede consultar en el siguiente localizador de páginas web: <http://www2.echo.lu/legal/en/internet/content/communic.html>), en la que indica que, a pesar de las numerosas ventajas de Internet, su aparición puede plantear problemas en relación con ciertos temas: la seguridad nacional (coordinación de actividades terroristas, difusión de técnicas para llevar a cabo atentados), la protección de los menores (violencia, pornografía, técnicas de venta abusivas); la protección de la dignidad humana (incitación a la xenofobia o a la discriminación); la seguridad

económica (fraude, uso indebido de tarjetas de crédito); la seguridad de la información y la protección de la intimidad (acceso ilegal a datos personales o al correo electrónico, acoso electrónico); la protección de la propia imagen y el honor (libelo y difamación, publicidad comparativa ilegal); o a la propiedad intelectual (violación de los derechos de autor). Para responder a los retos que plantea la globalización y la convergencia y evitar este tipo de fraudes es necesario el establecimiento de mecanismos internacionales de cooperación (62).

Las dificultades existentes para llevar a cabo un control efectivo, unidas al incremento de las posibilidades técnicas para restringir el acceso a determinados programas sólo los espectadores audiencia que lo soliciten explícitamente y la imposibilidad de llevar a cabo un control previo, (que sería contrario a la libertad de expresión) (63) hacen que muchos autores aboguen porque los principios inspiradores de la política legislativa en materia de contenidos televisivos sean:

- a) El establecimiento de sistemas de autocontrol y códigos de conducta por parte de los programadores;
- b) El desarrollo de sistemas de clasificación y filtrado de los programas para impedir su acceso indeseado a menores (p. ej., el V-chip), con una mayor participación de los padres en el proceso (64);
- c) Legislar sólo cuando sea necesario y persiguiendo objetivos específicos (65), evitando la sobrerregulación, y tomando progresivamente en consideración la naturaleza voluntaria y personal del consumo de televisión que hacen posible los nuevos servicios bajo demanda a medida que el uso de este tipo de servicios se vaya generalizando;
- d) La adopción de normas destinadas primordialmente a la defensa de los consumidores (66) y a la protección de los menores; y que tiendan a tener más en cuenta la modalidad de emisión (en abierto, de pago...) que el medio de transmisión empleado; y
- e) La colaboración internacional para sancionar incumplimientos de las normas desde fuera de las fronteras de un determinado estado (67).

**2.2. La redefinición del servicio público** en el nuevo entorno mediático, estableciendo qué servicios debe comprender ahora, y qué programación deben emitir los medios de comunicación públicos para que se justifique su financiación pública y se eviten posibles casos competencia desleal con las televisiones privadas.

Se ha pasado de una época de monopolio, en la que se buscaban argumentos para defender la existencia de la televisión privada, a una época, la actual, en la que empiezan a levantarse voces sugiriendo que ante la pluralidad creciente de la oferta, no es necesaria la existencia de una televisión pública. Sin embargo, ésta es más necesaria que nunca, ya que tiene, entre otras, cuatro misiones fundamentales que cumplir: En primer lugar, servir como contrapeso a la fragmentación de la audiencia, ofreciendo un foro común de debate para toda la nación (68) en segundo lugar, colaborar al pluralismo informativo, para lo que se requiere una estructura que garantice el acceso en condiciones de igualdad a todos los grupos sociales y políticos; en tercer lugar, llevar a cabo la promoción de valores éticos y de la cultura, colaborando en la educación del gusto de los espectadores (69); y en cuarto lugar, y ante la creciente implantación de las televisiones de pago, debe asegurar, como servicio básico, que todos los ciudadanos, con independencia de su capacidad adquisitiva, tienen la posibilidad de recibir la información variada y plural que necesitan para adoptar sus decisiones vitales y desarrollar su capacidad crítica (70).

El legislador debe adoptar medidas destinadas al mantenimiento del servicio general de radiodifusión pública en el nuevo entorno, tales como reservar parte del espectro radioeléctrico para este fin, u obligar a los operadores de cable a que distribuyan las televisiones de servicio público, o regular el acceso por parte de las televisiones públicas a sistemas de acceso condicional de otros operadores de manera que los propietarios de dichos sistemas deban tomar en consideración la condición de servicio de interés general de estas televisiones (71).

La indudable necesidad del servicio público no es óbice para que sea necesario definir con precisión cuáles deben ser sus funciones y los servicios que debe prestar para que se justifique su financiación total o parcial con cargo a los presupuestos y para evitar supuestos de competencia desleal con las televisiones privadas (72). Este principio, destinado a comprobar si las empresas públicas emplean correctamente las ayudas públicas que reciben, ha sido establecido por el TJCE en numerosas sentencias, entre las que destacan la STJCE Intermills de 14 de noviembre de 1984, la STJCE de 10 de julio de 1986, As. 40/85, Boch; o la sentencia de 24 de octubre de 1996, As. acum. C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Bremer Vulkan. Vid. sobre este tema S. Muñoz Machado, 'Público y privado en el mercado de la televisión', 1993, p. 102-104 (73). También es

necesario determinar cuál debe ser el papel que debe desempeñar una televisión pública, financiada por todos los ciudadanos, en el mercado de la televisión de pago (74).

### **2.3. La adopción de normas apropiadas para garantizar el pluralismo y limitar la concentración en el sector de los medios de comunicación que respondan a la nueva situación del mismo**

Las normas que limitaban la propiedad en los medios de comunicación se basaban en la escasez de frecuencias disponibles, y consistían básicamente en prohibir a una persona o empresa que controlase varios canales de televisión y/o en la limitación de la participación en el capital de las empresas de televisión (49%, 25%...) (75).

En el nuevo entorno en el que hay cientos de canales disponibles, y en el que las empresas ofrecen paquetes compuestos por decenas de canales, los antiguos criterios han dejado de ser válidos. Por ejemplo, que una empresa controle en su integridad cinco canales temáticos minoritarios, que tengan una audiencia conjunta del 2%, difícilmente puede entenderse como un supuesto de concentración que esté afectando negativamente al pluralismo informativo. Por ello es necesario buscar nuevos criterios para delimitar cuándo una empresa ha alcanzado un nivel de concentración que puede resultar contrario al pluralismo.

Existen varias propuestas (76), entre las que destacan dos. En primer lugar, tomar como criterio para determinar el nivel de concentración los ingresos que obtiene cada empresa de televisión, considerándose que una empresa adquiere un nivel de control del mercado excesivo que puede afectar al pluralismo si sus ingresos superan un determinado porcentaje (p. ej., el 30%) de los ingresos totales generados en ese mercado (a través de publicidad, suscripciones...) (77). En segundo lugar, se propone tomar en consideración como criterio el de la audiencia que controla cada empresa de televisión a través de sus distintos canales, de manera que una empresa de televisión no puede controlar un porcentaje de audiencia mayor al determinado legalmente (p.ej., 15%, 30%..), al entenderse que ello afectaría negativamente al pluralismo. De estos dos criterios, el de la audiencia parece más apropiado para determinar cómo afecta la concentración al pluralismo informativo y a la democracia, ya que toma en consideración el número de ciudadanos sobre el que el propietario de la empresa de televisión puede ejercer su influencia (78).

En cualquier caso, si se supera el nivel de concentración fijado por la ley, deberán adoptarse medidas anticoncentración, que pueden ser de distinta naturaleza: se puede obligar a la empresa a renunciar a alguno de sus canales; o puede optarse por no concederle o renovar sus licencias e impedir que adquiera nuevas empresas de televisión; u obligarla a permitir que terceros operadores independientes emitan a través de sus propios canales...

En todo caso, tan relevante como establecer un límite a la concentración en manos de una empresa es el adoptar normas de transparencia que permitan establecer quién controla en realidad un medio de comunicación, ya que si no las empresas pueden aparentemente estar dentro de los límites legales, pero de facto pueden estar controlando mediante sociedades interpuestas, testaferros o sleeping partners un número de canales superior al permitido por la ley. Para determinar quién controla realmente una televisión, es necesario ir más allá de la definición de control tradicional, basada en criterios mercantiles de control directo o indirecto del capital social o de la capacidad de nombrar miembros del consejo de administración. Además de esos aspectos, deben tomarse en consideración otros, como la financiación del medio, la capacidad de nombrar a la redacción, las cláusulas contractuales o la existencia de contratos relativos al suministro de programación o al uso de medios técnicos de distribución o recepción (redes de telecomunicaciones, sistemas de acceso condicional...). Y son necesarias también normas de transparencia que impongan a las empresas la obligación de facilitar todos los datos relevantes sobre su composición y las modificaciones que se produzcan en la misma, y que otorguen a las autoridades competentes poderes suficientes de investigación en esta materia (79).

Ahora el peligro para el pluralismo no proviene sólo del control por parte de una empresa de una parte significativa de la audiencia o de los ingresos del sector. La abundancia de canales no evita que sea posible dominar el mercado de la televisión controlando determinados puntos claves de acceso (cuellos de botella), tales como los derechos de retransmisión exclusiva de los programas de máxima demanda, los sistemas de acceso condicional, las guías electrónicas de programación, la gestión de clientes y la facturación, la venta tanto al público (retail) como a otras empresas (wholesale market) de los canales, la formación de paquetes de estos (bundling of channels), las redes de telecomunicaciones necesarias para la distribución de los programas... (80). Ese peligro es especialmente elevado si una empresa domina simultáneamente varios de esos puntos clave (81). El legislador debe establecer una regulación por la que proteja a los usuarios de posibles deficiencias del mercado que puedan llevar al establecimiento de posiciones de dominio que tengan como objeto o efecto limitar la competencia, si bien al mismo tiempo debe evitar que su intervención normativa disuada a las empresas de invertir en estos nuevos mercados.



El control estatal no debe sólo ser estructural, a través de normas específicas, sino que también debe basarse en el derecho de la competencia, que es más flexible y permite atender al comportamiento de las empresas, a la situación concreta de las mismas en el mercado, a la evolución previsible de éste a medio plazo (82). La garantía de la competencia en el mercado, aunque no es suficiente para garantizar el pluralismo, sí que es una condición necesaria previa.

Y allí donde sea necesario, el estado deberá establecer estándares obligatorios que garanticen la interoperabilidad de los equipos y redes, o debe imponer al operador dominante que permita el acceso a otros operadores a determinados recursos esenciales (83). La doctrina americana ha elaborado a este segundo respecto la denominada 'essential facility doctrine', que dispone la obligación de facilitar el acceso a terceros a un recurso esencial en condiciones no discriminatorias, transparentes y equitativas (84): a) si dicho recurso esencial es una infraestructura o una combinación entre infraestructura y servicio; b) si los competidores, de manera permanente o transitoria, no están en condiciones técnicas o legales de crear una infraestructura alternativa, o ello no fuera razonable comercialmente; y c) si es posible de hecho facilitar ese acceso a los competidores, y dicho acceso les ha sido negado, u ofrecido en condiciones abusivas (85). Cabe aplicar esa doctrina, por ejemplo, a las redes de telecomunicaciones o a los sistemas de acceso condicional, y en general a cualquier recurso esencial que cumpla esas características.

**2.4. El establecimiento de un equilibrio apropiado** entre los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual y de las televisiones de pago y el derecho de acceso a la información, evitando que se excluya de la recepción de la misma a ciertos grupos de ciudadanos (86).

Un factor clave para el desarrollo de la televisión digital es el de la adquisición de derechos de retransmisión, especialmente de los derechos de retransmisión en exclusiva de programas muy demandados por los espectadores, que estarán dispuestos a pagar por ellos si no se los ofrece la televisión en abierto y sólo pueden acceder a ellos previo pago.

Si bien es justo reconocer la importancia de los derechos de exclusiva como medio para garantizar el valor del programa, sin embargo la venta de derechos de exclusiva a una televisión de pago, entendidos en un sentido estricto, podrían impedir el acceso de los ciudadanos a la información sobre determinados eventos (87). Y en cualquier caso pueden tener como consecuencia que los espectadores con menos medios económicos se vean imposibilitados de acceder a determinados programas, creando así una forma de exclusión social.

Además, desde un punto de vista concurrencial, esos derechos de retransmisión pueden bloquear el acceso al mercado de nuevos operadores. Aunque haya muchos canales disponibles, los espectadores sólo querrán pagar por aquellos que ofrezcan los programas que ellos demandan. Si una empresa domina todos los derechos de retransmisión exclusiva de los programas de más éxito, los otros operadores no podrán ofrecer un producto atractivo que lleve a los espectadores a suscribirse a su oferta televisiva, por lo que de hecho no estarán en condiciones de competir. La aparición de competencia es especialmente poco probable si el acuerdo al que ha llegado la empresa adquirente de esos derechos es de larga duración.

Este problema se plantea especialmente en relación con los programas de ficción (largometrajes, dibujos animados) y sobre todo con el deporte, considerando el carácter efímero de las retransmisiones televisadas de acontecimientos deportivos, la frecuente concentración de poder en manos de las federaciones deportivas (lo que reduce la oferta en el mercado); y la relativa inelasticidad de la demanda por parte de los telespectadores (88).

El legislador debe buscar un equilibrio entre el derecho de los propietarios de los derechos y los operadores de televisión de pago de buscar la forma de explotación económica más rentable, y el derecho de los usuarios a la información y a un acceso mínimo a esos programas (89) y el derecho de otros operadores rivales a poder competir, al menos cada cierto periodo de tiempo, por la adquisición de esos derechos, cruciales para poder entrar en el mercado con posibilidades de éxito.

**2.5. La concesión de licencias** siguiendo procesos transparentes, racionalizando el uso del espectro radioeléctrico, y dando preferencia en la concesión de las mismas a las empresas dispuestas a innovar, a las que presten servicios que son accesibles de forma gratuita por los usuarios y a las que aumenten la competencia en el mercado de la televisión.

Los avances técnicos y la liberalización del sector, impulsada por la Unión Europea, hacen que en muchos casos se haya pasado de la escasez a la abundancia, y de un régimen de concesión a un mero régimen de autorización, cuyo otorgamiento se condiciona simplemente al cumplimiento de los requisitos legales que se establezcan. Así sucede en el sector del satélite, de los sistemas de acceso condicional o en el de los proveedores de servicios de televisión digital, allí donde para la prestación de estos es necesario solicitar una licencia.

Sin embargo, ello no supone que los límites a la concesión de licencias desaparezcan en todos los ámbitos. Aunque las nuevas técnicas de compresión permitan optimizar el uso del espectro radioeléctrico, éste sigue siendo un recurso finito, y es compartido además por otros usos comerciales, como la telefonía móvil o la radio, y por otros usos de interés general, como las frecuencias reservadas para avisos de emergencia, para la policía, las fuerzas armadas... (90).

Considerando que la digitalización permite que a través del mismo segmento de espectro se puedan prestar servicios de televisión, telefonía, transmisión de datos..., y que existen además tecnologías alternativas para prestar esos servicios, como el cable, algunos autores recomiendan que en vez de reservar gratuitamente el uso del espectro radioeléctrico a empresas concesionarias a cambio de que cumplan determinados requisitos, debían reservarse tan sólo las frecuencias destinadas a los servicios de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión, y que el resto de las frecuencias se subastasen, pudiendo elegir cada empresa el uso al que iba a dedicar el espectro. Ello permitiría, según esos autores, que el espectro se emplease de forma más eficiente, destinándolo cada empresa a los servicios que les permitiesen obtener un mayor beneficio del mismo (91). El aprovechamiento del espectro puede mejorar en todo caso si los estados se ponen de acuerdo para modificar la actual asignación de frecuencias, lo que requiere que los estados coordinen su actividad.

Las nuevas licencias de televisión terrestre que se concedan establecerán la obligación de emplear sistemas de transmisión digital. Pero mientras se modifica la asignación de frecuencias (92), y aunque la digitalización y la compresión de la imagen permiten que por las frecuencias de ondas terrestres que se emplean en la actualidad se pueda pasar de emitir un canal a emitir varios (cuatro, cinco...), sigue habiendo una relativa escasez. Este hecho, unido a consideraciones menos sólidas de tipo comercial y de viabilidad económica de los nuevos operadores de televisión digital terrestre, hacen que el número de licencias que se otorgan para esta modalidad de transmisión sea ciertamente limitado (93).

El legislador debe reservar algunas de esas licencias para los operadores públicos, y adjudicar el resto a operadores privados en procedimientos transparentes y objetivos, en los que se valoren positivamente: a) La capacidad de innovación técnica; b) La prestación de un servicio que junto a canales de pago incluya también una oferta atractiva de programas emitidos en abierto; c) El aumento de la oferta y de la competencia en el mercado de la televisión, tomando en consideración la presencia de los operadores en el mercado de la televisión a través de otras modalidades de emisión (satélite, cable...); y d) La adopción de medidas encaminadas a fomentar la aceptación por los espectadores de los nuevos servicios de televisión digital (94).

## **2.6 Establecer las medidas apropiadas para efectuar la progresiva transición desde la tecnología analógica a la digital.**

De la misma forma en la que dejó de transmitirse en blanco y negro, dejará de transmitirse empleando sistemas analógicos. Mientras la transición de ese sistema al digital se completa y la mayoría de los hogares adquiere los equipos de recepción necesarios, se transmitirá empleando ambos sistemas (simulcast). El estado debe determinar durante cuánto tiempo dura esa fase transitoria, y cuándo se producirá el abandono de la televisión analógica, pasando a emitirse solamente empleando tecnología digital (95). Para dar este paso tendrá gran importancia la política legislativa en relación con la fijación de estándares, con los sistemas de acceso condicional y con el fomento de la televisión digital terrestre (96).

## **2.7. Determinar el modelo de autoridad competente en la materia**

Hay que optar por una autoridad que se encargue conjuntamente de las telecomunicaciones y el sector audiovisual o bien por dos autoridades, una para cada una de esas materias (97), y es también necesario determinar la relación de éstas con las autoridades de competencia. En todo caso, es necesario que se trate de una autoridad independiente tanto del gobierno como de los operadores, que sea capaz de resolver en un plazo de tiempo breve los conflictos entre los operadores (p. ej., sobre tarifas de acceso o interconexión) para evitar que determinadas empresas fueren retrasos estratégicos, y que tenga capacidad para responder de manera rápida y flexible a los cambios que se produzcan, manteniendo en todo momento como prioridad la defensa del interés de los consumidores y de la competencia efectiva en el sector.

### **Notas**

(1) La imagen, que tenía 10 cm. de alto por cinco de ancho, fue retransmitida al público presente en una sala en Seldfidge Department Store, en abril de 1925. Vid. al respecto <http://www.digitalcountry.com/encyclo/update/baird.html>

(2) Ésta es la definición de televisión recogida en el art. 25.1 de la Ley española 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT).

(3) Ello, sin perjuicio de las técnicas de grabación que están al alcance de los usuarios para poder reproducir los programas en otros horarios, pero que no son lógicamente tenidas en cuenta a la hora de determinar qué es un servicio de difusión. La definición de la televisión como un servicio de difusión en los términos descritos supone que no se considera televisión los nuevos servicios interactivos bajo demanda, en el que el proveedor del servicio ofrece un catálogo de programas a sus clientes, y es el usuario quien elige el programa que quiere recibir y el momento en el que desea hacerlo.

(4) Vid. NORCOTEL, Economic Implications of New Technologies on the Audiovisual Market, 15.4.1997, <http://europa.eu.int/en/comm/dg10/dg10.html>.

(5) Tal y como destaca J.J. González Encinar, en "La constitución virtual", en J. Asensi (Coord.), Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual, Alicante, 1997, p. 390, en España compra diariamente la prensa el 10% de los ciudadanos, frente al 23% de media en Europa. Considerando que cada periódico es leído por una media de tres personas, en España lee la prensa aproximadamente el 30% de la población, frente al 69% de promedio en el resto de la Unión Europea.

(6) Vid. al respecto J.J. González Encinar, "Televisión y democracia", Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1995, nº 7, pp. 141 y ss.

(7) Vid. en este sentido S. Sánchez González, Los medios de comunicación y los sistemas democráticos, 1996, p. 16.

(8) Ambas críticas pueden hacerse a la normativa española básica sobre radio y televisión pública, aún vigente (Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y de la Televisión -ERTV). Por lo que respecta a cuáles son las funciones de la televisión pública en España, muchos autores han criticado que el ERTV recoge las funciones de la televisión pública en su preámbulo (jurídicamente no vinculante), y que en su articulado se limita a exponer en el artículo 4 los principios inspiradores de la actividad de la TV pública, pero no cuáles son sus funciones. Y por lo que respecta al establecimiento de una estructura independiente que garantice el acceso de todos los grupos políticos y sociales a la TV pública, cabe indicar que, a pesar del mandato expreso del art. 20.3 de la Constitución en este sentido, el ERTV otorga un amplísimo poder ejecutivo al director general, que de hecho es nombrado y destituido de forma discrecional por el gobierno (arts. 10 y 12 ERTV), por lo que en vez de asegurar su independencia se garantiza a ciencia cierta su parcialidad, cabiendo lamentar además que las televisiones públicas autonómicas hayan adoptado estructuras semejantes. A este respecto, vid. sobre la indefinición de los objetivos de la TV pública en España J.J. González Encinar, "El derecho de la televisión", en C.E.C. (Ed.), El régimen jurídico de la televisión, 1995, pp. 21-22; y sobre los problemas estructurales de la organización de la TV pública en España, J. J. González Encinar, "Televisión y democracia", Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1995, nº 7, pp. 141 y ss, y en especial p. 161.

(9) Los argumentos por los que se justificaba la existencia de un monopolio eran básicamente tres: el más importante era el ya mencionado de la escasez natural o tecnológica, completado por otros dos: la utilización de un bien de dominio público (el espectro radioeléctrico) y la necesidad de respetar las normas de derecho internacional de las telecomunicaciones destinadas a repartir el uso de las frecuencias para evitar interferencias. Sirva como ejemplo de este tipo de argumentación la sentencia del Tribunal Constitucional español 12/1982, de 31.3.1982. Véase un comentario de esta sentencia en J.J. González Encinar, "La televisión pública en España", en J. J. González Encinar (Ed.), La televisión pública en la Unión Europea, 1996, pp. 225-228.

(10) Cabe destacar en este sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30.4.1974, asunto 155/73, Italia c. G. Sacchi - Rec. 1974, pp. 0409-0433, y de 18.6.1991, As. C-260/89, ERT, Rec. 1991, I-2925-2967; y las Decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos nº 3071/67, x c. Suecia, de 8 de febrero de 1968; y nº 6452/74, Sacchi vs. Italia, de 16 de marzo de 1976.

(11) La resolución más característica en este sentido es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24.11.1993, Informationsverein Lentia y otros c. Austria. Véase un comentario a esa sentencia en A. Pérez Gómez, "Los monopolios audiovisuales y el CEDH", en J. Asensi (Coord.), Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual, 1997, pp. 575-602. En España, el caso más notable, dentro de la errática jurisprudencia del TC en esta materia, es el de la sentencia 31/94, de 31 de enero, por la que el TC, modificando la postura que había mantenido hasta entonces, venía a reconocer el derecho de los particulares a crear televisiones locales por cable, derivando este derecho directamente del art. 20 de la Constitución como respuesta ante la falta de desarrollo por parte del legislador de un procedimiento para la concesión de licencias. Vid. a este respecto M. Ruiz Ruiz, "La televisión local: una asignatura pendiente", en J. Asensi (Coord.), Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual, 1997, pp. 607-609.

(12) Varios de los problemas mencionados no han sido afrontados por el legislador español, o lo han sido de forma insatisfactoria. Además de los ya citados de falta de independencia y de definición de las funciones de la televisión pública, también cabría destacar otros, como el de la financiación de la televisión pública; el de la reforma de las normas sobre concentración (incluyendo el establecimiento de límites a la concentración multimedia, hasta ahora inexistentes, y la reforma de los excesivamente restrictivos límites impuestos a la TV local, que han impedido su desarrollo); el de la falta de transparencia en los procesos de atribución de licencias; el del establecimiento de una autoridad competente para controlar la aplicación de las normas vigentes en materia de televisión, muchas de las cuales han venido infringiéndose sin sanción alguna; el de la necesidad de actualizar la normativa (el Estatuto de TV con el que vamos a entrar en el siglo XXI es de 1980, y la Ley de Televisión Privada de 1988)... Vid. una visión general de la situación de la normativa de televisión en España en G. Fernández Farreres, *El paisaje televisivo en España*, 1997.

(13) Sirva como ejemplo de ese tipo de retrasos y de sus consecuencias la normativa sobre los sistemas de acceso condicional en España. Se transpuso la directiva comunitaria sobre esta materia con ocho meses de retraso por medio de un real decreto-ley de enero de 1997, lo que generó una importante polémica. Debido a la presión de varios grupos parlamentarios, el real decreto-ley hubo de ser tramitado como ley, aprobada en mayo de 1997 con relevantes modificaciones sobre la norma inicial sólo cuatro meses después de su adopción. Esta ley tuvo a su vez que ser nuevamente modificada de forma urgente cuatro meses más tarde por medio de un real decreto-ley de septiembre de 1997 ante el inicio por parte de la Comisión de un proceso de infracción contra España porque la ley transponía de manera incorrecta la directiva (Vid. el real decreto-ley 1/1997 de 31 de enero, la ley 17/1997, de 3 de mayo y el real decreto-ley 16/1997, de 13 de septiembre, por los que se transpone al derecho español la directiva 95/47/CE). Otro ejemplo de retraso normativo en España, en este caso no en relación a la normativa comunitaria sino a la adaptación a las nuevas circunstancias del mercado, es el de la normativa sobre concentración de medios de comunicación: mientras que los principales países europeos han modificado sus leyes en esta materia (Alemania y Gran Bretaña en 1996, Italia en 1997), o están debatiendo la reforma, como Francia en la actualidad, en España no existe debate sobre este tema y se mantienen, entre otros, los anticuados criterios de 1988.

(14) Sobre el fenómeno de la convergencia con carácter general, vid. T. Baldwin, D. Stevens and C. Steinfield, *Convergence: Integrating Media, Information & Communication*, 1996.

(15) Un ejemplo de soporte común es el CD ROM, que puede contener tanto imágenes de vídeo como música, textos, programas informáticos o programas multimedia que integren todos ellos.

(16) Incluso Nortel y Norweb ya han prestado acceso de alta velocidad a Internet a través de líneas eléctricas. Vid. R. Spaulding, "UK School is World's First to use High-Speed Internet Over Electricity Power Lines", *Broadband News Releases*, 11.12.1997.

(17) Según el informe elaborado por KMPG, *Public Issues Arising from Telecommunications and Audiovisual Convergence*, 1996, p. 3, a través de este proceso de convergencia, que la digitalización ha hecho posible, se aspira a combinar: a) los contenidos proporcionados por la prensa y por la industria audiovisual; b) la capacidad de transmisión de información de las infraestructuras empleadas para la TV y las telecomunicaciones; c) la interactividad y la capacidad de almacenamiento y de proceso de los ordenadores; y d) la sencillez de uso, la funcionalidad y la implantación generalizada de los electrodomésticos.

(18) En España, el art. 42 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable, aprobado por real decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, define el servicio de vídeo bajo demanda como "un servicio que consiste en la distribución de un programa audiovisual en el que el usuario final interactúa con la red para seleccionar el programa deseado y el momento del suministro".

(19) Cabe destacar que cuando los servicios bajo demanda aún no se ofrecen de forma generalizada al público (de momento, sólo vía Internet, y siempre que se disponga de una conexión de acceso de alta velocidad), ya surgen nuevas formas de emisión, como el multicasting, que permite la difusión simultánea vía Internet de contenidos audiovisuales a 50.000 usuarios, difuminando así las fronteras entre las distintas modalidades de transmisión. Vid. en este sentido el Libro verde de la Comisión sobre la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones, de los medios de comunicación y de las tecnologías de la información (en lo sucesivo, el Libro verde sobre convergencia), COM (97) 623, 3.12.1997, p. 14.

(20) Vid. T. Prosser, D. Goldberg, and S. Verhulst, *The Impact of New Communications Technologies on Media Concentration and Pluralism*, IMPS, 1996, pp. 49-53.

(21) Esa fue por ejemplo la postura del Consejo con motivo de la reciente revisión en 1997 de la directiva "Televisión sin fronteras". (Vid. la posición común del Consejo de 8.7.1996, DOCE C 264, 11.9.1996, p. 63). En España, el art. 42 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable, aprobado por real decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, diferencia entre los servicios de televisión por cable y el servicio de vídeo bajo demanda, con lo que da a entender que este segundo no es un servicio de televisión, lo que por otro lado es coherente con lo dispuesto en el art. 25 de la LOT. Vid. en la doctrina A. Contaldo, "Video-on-demand: problematiche giuridiche della TV interattiva", *Il diritto di autore*, 1995, nº 1, pp. 105-127.

(22) Vid. T. Prosser, D. Goldberg, and S. Verhulst, *The Impact of New Communications Technologies on Media Concentration and Pluralism*, IMPS, 1996, p. 10.

(23) Estos autores apuntan que los hogares tenderán a demandar servicios de vídeo y music-on-demand, videoconferencia, servicios de información personalizados, comercio electrónico, telebanco, teledomótica, servicios de alarma y vigilancia, juegos interactivos, realidad virtual...; las empresas, intercambio electrónico de información en tiempo real, videoconferencia, trabajo en red, comercio electrónico, externalización de servicios...; y las instituciones públicas intentarán prestar servicios de administración on line, bibliotecas digitales, telemedicina, museos virtuales, intercambio electrónico de información...; y que todos ellos demandarán servicios on line tales como el correo electrónico, vídeo y voice mail, acceso a Internet, servicios telefónicos, photo-CD... Vid. T. Prosser, D. Goldberg, and S. Verhulst, *The Impact of New Communications Technologies on Media Concentration and Pluralism*, IMPS, 1996, pp. 11-12.

(24) El usuario podrá así por ejemplo elegir entre ver el informativo estándar que ofrece la cadena o "configurar su propio telediario" (customized news), determinando cuáles son las categorías concretas de noticias sobre las que desea recibir información. Vid. un ejemplo práctico de posibilidad de tener un periódico personalizado on-line en <http://www.cnn.com>.

(25) Vid. en este mismo sentido C. Murrioni y N. Irvine, *Access Matters*, 1998, p. 16.

(26) Sobre el problema de la interconexión, vid. C. Murrioni, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, pp. 23-26.

(27) La televenta o los servicios telefónicos (bancos, seguros...) tienen una lógica comercial similar, pero el comercio electrónico presenta significativas ventajas, ya que permite ofrecer imágenes y sonido exponiendo en qué consiste el producto, y permite la interactividad del usuario, que puede elegir qué información quiere recibir sobre un servicio concreto, y comprarlo directamente mediante sistemas de pago electrónico. Sobre la enorme repercusión económica que puede tener la generalización de estos sistemas de comercialización, vid. *The Economist*, *In Search of the Perfect Market*, 10 de mayo de 1997.

(28) Por ejemplo, un equipo de grabación de imágenes es ahora mucho más sencillo, económico y ligero; las imágenes que se obtengan, al estar en formato digital, pueden ser directamente pasadas a un ordenador, que también simplifica su montaje y edición, y que permite además su posterior difusión por medio o bien de Internet, que con un muy reducido costo hace posible el acceso a esa información desde cualquier punto del planeta, o bien vía satélite, cable u ondas por uno de los muchos canales de televisión disponibles gracias a la tecnología digital.

(29) Vid. el apartado dedicado a los sistemas de navegación en el Libro Verde sobre Convergencia, 1997, pp. 37-38.

(30) Vid. por ejemplo a este respecto M.J. Gómez Pineda, "El fútbol decidirá las audiencias de las televisiones emergentes", *Telos*, nº 46, julio/agosto 1996, noticia 5, pp.1-5. La empresa con esos derechos de exclusividad puede o bien decidir explotarlos por sí sola, con la convicción de que los posibles rivales no pueden hacerle sombra sin esos contenidos, o bien vender esos programas a sus rivales para así conseguir aumentar la difusión del producto, pero aprovechando su posición de dominio para imponer a los otros operadores precios abusivos o imponerles la compra de otros servicios o programas que no desean. Vid. un ejemplo de ese tipo de abuso en *Office of Fair Trading, The Director General's Review of the Wholesale Pay TV Market*, 1996.

(31) Los sistemas de acceso condicional se componen de un sistema de codificación, de un sistema de autorización de clientes, de un decodificador y de un sistema de gestión de abonados. Las compañías ofrecen sus servicios codificados. Si un cliente quiere recibir un determinado servicio, se pone en contacto con el centro de gestión de abonados, donde se suscribe a dicho servicio. El centro de gestión de abonados introduce en una tarjeta electrónica de autorización (smart card)



la información relativa a ese cliente, indicando qué servicios está autorizado a recibir. Esa tarjeta se introduce a su vez en el decodificador, que decodifica sólo la señal correspondiente a los servicios a los que se ha abonado el usuario.

(32) Según destacan T. Congdom y otros en *The Cross-Media Revolution: Ownership and Control*, 1996, p. 11, al tratar el tema de la importancia de las vías de acceso (The importance of digital gateways) "el primero en sufrir los perjuicios de la ausencia de estándares comunes será el consumidor. Aquéllos que no deseen adquirir varios decodificadores podrían depender de un único proveedor para el suministro de todas sus noticias, informaciones y programas de entretenimiento. En otras palabras, los consumidores individuales podrían perfectamente encontrarse ante un supuesto de indeseable concentración de poder en manos de un medio de comunicación, incluso aunque no pudiese apreciarse la existencia de tal concentración en el conjunto de la industria" (traducción propia y subrayado del autor).

(33) Sobre la problemática que plantean los sistemas de acceso condicional vid. A. Contaldo, "Profili giuridici del decoder di segnali radio-televisivi", *Il diritto di autore*, 1997, 2, pp. 174-190; M. Cave y C. Cowie, "Regulating Conditional Access in European Pay Broadcasting", *Communications & Strategies*, nº 23, 1996, y S. Kaitazi-Whitlock, "The privatizing of Conditional Access Control in the European Union", *Communications & Strategies*, 1997, nº 25, quien critica duramente la decisión de la Unión Europea de no establecer el sistema universal multicrypt como estándar obligatorio y de aceptar también el sistema simulcrypt, cediendo a la presión de las poderosas empresas de medios de comunicación que tenían intereses en el asunto. Vid. al respecto la Directiva 95/47/CE de 24 de octubre (especialmente su artículo 4), y en España vid. las polémicas disposiciones adoptadas por el Gobierno con las que intentó en un principio imponer el sistema multicrypt en contra de lo dispuesto en la Directiva comunitaria (Real Decreto-Ley 1/1997 de 31 de enero, Ley 17/1997, de 3 de mayo y Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre, por los que se transpone al derecho español la Directiva 95/47/CE).

(34) Vid. una visión general de estos problemas en OFTEL: *Beyond the Telephone, the TV and the PC II: Submission to the Culture, Media and Sports Select Committee Inquiry into Audio-visual Communications and the Regulation of Broadcasting*, 1998, apdos. 32-38, y C. Murrioni, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, pp. 23-30.

(35) Vid. a este respecto M.E. Beesley (Ed.), *Markets and the Media - Competition, Regulation and the Interests of Consumers*, 1996.

(36) Vid. por ejemplo las declaraciones de M-A. Feffer, vicepresidente de Canal Plus Francia, y de C. Du Peloux, Presidente de la distribuidora de TV por cable Lyonnaise Communication, en "Règles de concurrence et secteur de l'information", *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, nº 98, supplement Juillet-Août 1997, pp. 13-18.

(37) Vid. sobre este tema C. Murrioni y N. Irvine, *Access Matters*, 1998.

(38) Sirvan como ejemplos, entre muchas otras operaciones de este tipo, la reciente adquisición de un 25% de Antena Tres por Telefónica (ABC de 25.7.1997), o la alianza entre Microsoft y la cadena de televisión NBC (ABC 10.12.1997), o los recientes acuerdos, pendientes de aprobación por la Comisión, entre los operadores multimedia alemanes Kirch y Bertelsmann con Deutsche Telekom (notificación publicada en el DOCE C 374, de 10.12.1997 y DOCE C 385, 19.12.1997, p. 14), o entre BskyB, la empresa del magnate de los medios de comunicación R. Murdoch, y British Telecom para la creación de la joint venture British Interactive Broadcasting (DOCE C 259, de 26.8.97, p. 3).

(39) Un ejemplo muy significativo es el del conglomerado americano Westinghouse Electric, que en un plazo de 10 años ha llevado a cabo una reestructuración radical, abandonando sus actividades tradicionales (electrodomésticos, industria de defensa, frío industrial, energía) e incluso su nombre comercial, para reconvertirse en una compañía presente en varios medios de comunicación, con la compañía CBS como principal empresa. Vid. sobre este proceso de reconversión "Westinghouse transformation into CBS corporation", *The Economist*, 29.11.1997.

(40) El desarrollo de sistemas propietarios supone que cada empresa desarrolla un determinado estándar, y éste es de su propiedad de acuerdo con el derecho que regula la propiedad industrial. Las empresas que desarrollan esos estándares piden libertad para llegar a acuerdos entre sí, o para competir con las otras empresas para ver quién impone su estándar en el mercado. Quien consiga imponer su estándar puede realizar un negocio sumamente lucrativo (valga como ejemplo el caso del sistema operativo Windows de Microsoft, y los procesadores Intel, que han establecido en la industria de los ordenadores personales lo que se demonina el estándar Wintel). Las empresas que alcancen esa posición pueden además optar por ofrecer directamente en exclusiva su producto o servicio, u otorgar, en las condiciones que determinen, licencias a otras empresas que deberán pagar los correspondientes royalties. El que una empresa imponga su estándar en el mercado puede sin embargo ser perjudicial para los consumidores, como ya sucedió en el caso de los vídeos (VHS, Beta, 2000), en el que

las personas que adquirieron vídeos Beta y 2000 vieron cómo sus aparatos a los pocos años ya no servían para nada, al imponerse el sistema VHS en la guerra industrial en ese sector, a pesar de que los expertos consideraban que ofrecía una peor calidad. La empresa que impone su estándar en el mercado consigue una posición dominante de la que podría abusar en perjuicio de sus clientes (que en todo caso no tendrán opción alguna) y de las empresas rivales. El control de esa empresa puede además no limitarse a ese mercado concreto, sino extenderse a también otros mercados adyacentes, como ocurre en el mercado de los sistemas de acceso condicional, cuyo control puede permitir dominar, además del mercado de decodificadores, el mercado de la distribución de televisión codificada o el de la gestión de abonados.

Por ello, en ocasiones los estados consideran necesario imponer un estándar común que permita la interoperabilidad de los equipos, que aumente la confianza de los consumidores en que los equipos producidos no van a quedar rápidamente obsoletos, y que garantice que el sistema escogido es el que ofrece una mayor calidad. Los estados están sin embargo sujetos a una gran presión por parte de las industrias, que afirman que si no tienen suficientes posibilidades de obtener ingresos, no invertirán ni asumirán el elevado riesgo inherente al desarrollo de una nueva tecnología. Sobre los tensos procesos de negociación sobre la admisión de sistemas propietarios o la fijación de estándares comunes, vid. S. Kaitatzi-Whitlock, *European Audiovisual Policymaking: An Elusive Target*, 1996.

(41) Vid. M. Oreja, *Une approche réaliste à l'avènement de la radiodiffusion numérique*, Luxembourg, 18.11.1997, p. 1, en <http://europa.eu.int/en/comm/dg10/dg10.html>

(42) Ello es lo que sucede cuando una empresa (o un grupo de empresas concertadas) que ostente una fuerte posición dominante no comercializa sus productos o servicios técnicamente más avanzados, sino que ofrecen a los clientes otros más antiguos para dar salida a sus stocks y para poder vender a esos mismos clientes un nuevo producto o servicio poco después. Vid. en este sentido C. Joseph, "Wanted: An Internet without limits", *Financial Times*, 22.1.1998.

(43) Vid. en la doctrina B. Hugenholtz, "Copyright and multimedia. Licensing in the digital era", en S. Muñoz Machado (Dir.), *Derecho europeo del audiovisual*, 1997, pp. 1393-1404. Según el Pfr. Hugenholtz, la aparición de nuevas modalidades de emisión ha complicado sensiblemente la contratación en esta materia, ya que hay que tener en cuenta los derechos de propiedad intelectual de todas las personas implicadas en el proceso de elaboración del producto, de manera que si todos ellos no llegan a un acuerdo dicho producto no podría distribuirse. Se ha incrementado además el riesgo de pirateo y difusión ilegal. Existe una gran oposición a estos nuevos sistemas de distribución por parte de los distribuidores tradicionales (tiendas de discos, de vídeos... Vid. al respecto *El País*, 2.3.1998). Y se han complicado las modalidades de contratación: es necesario determinar si se venden derechos para TV, radio, prensa, para difusión on-line, para un determinado número de pases, en directo o en diferido... Sobre este último particular, Vid. J. Carrillo, "La contratación de los derechos audiovisuales en las distintas modalidades de televisión", en S. Muñoz Machado (Dir.), *Derecho europeo del audiovisual*, 1997, pp. 1479-1492.

(44) Si bien las subvenciones a la adquisición de equipos o de aplicaciones de acceso pueden ayudar a la expansión del uso de determinados servicios, este tipo de políticas puede plantear problemas desde el punto de vista del derecho de la competencia, ya que pueden llevarse a cabo con la intención de imponer un sistema propietario como estándar en el mercado, y luego el propietario del sistema aprovechará la posición de dominio ganada para recuperar sus subvenciones a costa de los usuarios o de terceros operadores que no tengan más remedio que llegar a un acuerdo sobre el uso de esos equipos o aplicaciones. Como ejemplo, Vid. en relación con los sistemas de acceso condicional el capítulo dedicado a "Risk-sharing arrangements and the recovery of fixed costs" en OFTEL, *The Pricing of Conditional Access Services for Digital Television*, October 1997, y en relación con los sistemas de navegación, la polémica entre el Departamento de Justicia americano y la empresa Microsoft acerca del navegador Microsoft Explorer (Vid. *El Mundo - Su ordenador*, de 8.2.1998).

(45) Vid. a este respecto la conferencia pronunciada por el comisario europeo M. Bangemann *Europe and the Information Society: The Policy Response to Globalization and Convergence*, Venecia, 18.9.1997, p. 3.

(46) C. Murroni, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, pp. 18-19 proponen que un nuevo servicio de comunicación se incorpore al servicio universal si su uso está extendido (es accesible al 70% de los usuarios potenciales, y el 50% de éstos lo emplea), ofrece características propias de un bien público, y no existen alternativas disponibles.

(47) Vid. el Libro Verde sobre Convergencia, COM (97) 623, 3.12.1997, p. 48.

(48) La digitalización permite que a través de las distintas redes de telecomunicaciones (por ondas, cable, satélite) se puedan prestar todos los servicios de comunicaciones (televisión, teléfono, acceso a Internet...). Dentro de unos años, estas redes

estarán en pleno funcionamiento y ofrecerán a los operadores distintas alternativas a la hora de emitir sus programas. En la actualidad, esa competencia es relativa, ya que tanto las redes digitales de cable como de transmisión por ondas no están plenamente operativas por motivos técnicos o legales.

En todo caso, cada una de estas modalidades de transmisión ofrece hoy a los operadores de televisión distintas ventajas e inconvenientes:

	Coste para el operador	Coste para el consumidor (+ decodific.)	Cobertura del territorio nacional	Capacidad actual de transmisión	Interactividad	TV local
Cable	Alto	Tarifa de conexión	Muy lenta	Casi ilimitada	Excelente	Si
Satélite	Bajo	Antena	Instantánea	Buena	Limitada (tfno. y módem como vía de retorno)	No
Ondas	Bajo	Ninguno	Rápida & permite portátil	Limitada	Muy limitada (ídem., y menos canales que sat.)	Sí

Fuentes: Tabla comparativa de la televisión por ondas terrestres, por cable y por satélite en la era digital, en C. Murrioni, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, p. 39, y la tabla comparativa sobre modalidades de televisión digital de C. Rico, *De la televisión analógica a la televisión digital, transparencia expuesta en su conferencia pronunciada en Cuenca en el congreso sobre el marco jurídico del mercado de las telecomunicaciones*, 7 a 9 julio de 1997.

(49) El Near-Video-on-Demand consiste en la difusión simultánea por varios canales de los mismos contenidos, que se emiten a horas distintas, por lo que p.ej. el espectador tendrá a lo largo del día varias posibilidades de comenzar a ver una película. Vid. una definición de este sistema de transmisión y una crítica al nombre empleado en R. Zaccaria y R. Mastroianni, "Diritti fondamentali e nuove tecnologie di diffusione dei programmi radiotelevisivi", en *Institut für Europäisches Medienrecht, Les Droits Fondamentaux et les Nouvelles Technologies de l'Information dans le Secteur de l'Audiovisuel*, 1996, pp. 13-14. Estos autores critican también que mientras el Near-Video-on-Demand está sujeto a la estricta normativa de televisión, no lo está el Video-on-Demand.

(50) Vid. en este sentido el discurso del comisario europeo Van Miert *Impact of digital technologies on the television and telecommunications sectors*, Roma, 12.6.1997.

(51) Sea cual sea el tipo de aparato que se imponga, los expertos indican que, dado que cada espectador elegirá en gran medida la programación que desea recibir, y que ésta será en gran parte distinta a la de otros usuarios, en el futuro se tenderá a que cada espectador tenga un aparato receptor propio. Vid. a este respecto C. Rico, *De la televisión analógica a la televisión digital, conferencia pronunciada en Cuenca en el congreso sobre el marco jurídico del mercado de las telecomunicaciones*, 7 a 9 julio de 1997. De momento, en Gran Bretaña en más del 70% de los hogares hay más de un receptor. Vid. al respecto ITC, *The Public's View* 1996, 1997, p. 8.

(52) Es posible que, por ejemplo, un concurso y un partido de fútbol obtuviesen una audiencia semejante, por lo que ambos permitirían obtener similares ingresos publicitarios. Sin embargo, los espectadores estarían mucho más dispuestos a pagar por el partido de fútbol, dada su menor sustituibilidad y el mayor valor que le otorgan dichos espectadores.

(53) Así, por ejemplo, son mayores los ingresos que puede obtener una televisión de pago cobrando directamente a los espectadores una cuota por ver un programa de éxito (como un partido de fútbol, una película de estreno...), aunque el número de espectadores sea relativamente reducido, que los ingresos que obtiene por venta de espacios publicitarios una

televisión que emita en abierto ese mismo programa, aunque tenga una audiencia mucho más numerosa. Sobre la lógica económica de la televisión de pago, vid. N. Charbit, "La TV à péage au regard du droit communautaire de la concurrence", *Revue de droit des affaires internationales*, 1995, nº 5, pp. 625-652 y M. Williams, "Sky Wars: the OFT Review of Pay TV", *European Competition Law Review*, 1997, nº 4, pp. 217-219.

(54) Las televisiones en abierto ofrecen a los anunciantes audiencias masivas, y cuentan con la ventaja de que responden a los hábitos de consumo habituales de los espectadores. Según destaca A. Pappas, director general de la DG X de la Comunidad Europea en su conferencia *Digital TV: 500 channels of junk video?*, 3.6.1997, para el año 2005 se prevé que la televisión de pago habrá elevado su participación en los ingresos del mercado televisivo hasta un 35%, pero aunque la televisión en abierto haya perdido parte de su importancia, todavía representará el 60% del mismo. La experiencia americana demuestra que las televisiones en abierto siguen teniendo gran éxito en el sector de los informativos, las comedias de situación (sitcom), los talk-shows, los concursos, los programas de variedades...

(55) Para ayudar a conseguir la masa crítica de espectadores necesaria para que estos servicios sean rentables, muchas compañías subvencionan la adquisición de los receptores. Según algunos miembros de la industria audiovisual, un factor clave para que se produzca la aceptación popular de los nuevos sistemas puede ser el DVD (Digital Video Disk). El DVD, que es similar al CD ROM, sería un sustituto digital de las cintas de vídeo, con mayor capacidad de almacenamiento de información, mejor acceso a la misma, y con la ventaja añadida de ser multi-plataforma, por lo que es posible la recuperación de la información en un ordenador o en un lector de CD. La incorporación de un lector-grabador de DVD a los decodificadores (set-top boxes) necesarios para la recepción de la TV digital podría tener un gran impacto a la hora de lograr que los consumidores se decidieran a adquirir estos equipos. Vid. sobre este particular T. Syfret, "Digital Television Services in Europe", *Commercial Communications*, October 1997, p. 8. En todo caso, si la TV digital por sí sola no basta para convencer a los espectadores para que adquieran estos equipos, o a suscribirse a sus servicios televisivos, se espera que sí lo haga la combinación de dichos servicios con otros no televisivos, tales como el acceso a Internet o, por ejemplo, el banco en casa, debiendo destacarse la importante labor de difusión de estos nuevos servicios que están llevando a cabo los bancos. Vid. en este sentido *El País de los Negocios*, domingo 21.12.1997, p. 17.

(56) Citado por M. Oreja en su discurso *Une approche réliste à l'avènement de la radiodiffusion numérique*, Luxembourg, 18.11.1997, p. 2, en <http://europa.eu.int/en/comm/dg10/dg10.html>

(57) En relación con este último aspecto D. Cruishank, director general de OFTEL, la autoridad independiente británica en materia de telecomunicaciones, destaca que el interés de los consumidores tiende a quedar desprotegido, ya que aunque una determinada política les afecte notablemente, ningún consumidor en condiciones de hacer llegar al legislador su punto de vista. Así, frente a los intereses de la industria, que son expuestos con claridad y fuertemente defendidos por las empresas implicadas, los intereses de los consumidores aparecen como difusos. Vid. D. Cruishank, "Regulation for Convergence", en R. Collins (Coord.), *Converging Media? Converging Regulation?*, 1996, p. 6 y p. 13.

(58) Resulta, por ejemplo, muy complejo aplicar las disposiciones comunitarias y nacionales sobre cuotas de programación a canales temáticos de dibujos animados o de vídeos musicales, que son producidos en su inmensa mayoría fuera de Europa, o a un canal producido en Estados Unidos y que se emita en todo el mundo). La Comisión parece reconocer estas dificultades en su último informe sobre el cumplimiento de los arts. 4 y 5 de la Directiva TV sin Fronteras, presentado el 15 de julio de 1996 [COM (96) 302].

(59) Vid. en ese sentido el informe de Squire, Sanders & Dempsey para la Comisión Europea *Study on adapting the EU regulatory framework to the developing multimedia environment*, febrero 1998, pp. 253-254. Estos autores también ponen de manifiesto que a causa de la convergencia la legislación no sólo debe tender a ser común para las distintas modalidades de televisión, sino en general para todos los servicios de comunicación.

(60) Vid. en ese sentido, entre otros, W. Melody, "Designing Regulation for the Information Age", en R. Collins (Ed.), *Converging Media? Converging Regulation?*, 1996, p. 48; o C. Murrioni, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, pp. 38-40.

(61) Vid. dos ejemplos de fraude a la normativa neerlandesa de televisión por parte de organismos de radiodifusión establecidos en Luxemburgo en las SSTJCE de 3 de febrero de 1993, As. C-148/91, Verónica, y de 5 de octubre de 1994, As. C-23/93, TV 10.

(62) Sirvan como ejemplos de los problemas planteados por las nuevas tecnologías y la internacionalización de las comunicaciones, la publicación en EE UU de un libro que había sido prohibido en Gran Bretaña al ser considerado injurioso

(Kitty Kelley, *The Royals*, 1997), siendo posteriormente divulgados los detalles prohibidos por Internet, lo que hizo posible que fuesen accesibles desde todo el mundo, incluida GBR. (Vid. "Los Windsor, Internet y las imposibles puertas al campo", *El Mundo*, 16.9.1997, p. 2); o la difusión vía Internet desde Suiza de sondeos sobre las elecciones en Francia dentro la semana previa a las elecciones, a pesar de la prohibición existente en Francia a este respecto (Vid este ejemplo en el Libro Verde sobre Convergencia, COM (97) 623, presentado el 3.12.1997, p. 20).

(63) Vid. un llamamiento realizado en este sentido por el comisario M. Bangemann en su discurso *A New World Order for Global Communications: The Need for An International Charter*, Génova. 8 de septiembre de 1997.

(64) Sobre la posibilidad del establecimiento de sistemas de control previo, y la vehemente oposición de la prensa a los mismos, Vid. la propuesta del lord Chancellor, lord Irvine of Lairg, y las respuestas de la prensa en, entre otros, *The Times* y *The Dayly Mail* de 5.2.1998. Las dificultades para establecer sistemas de control de ese tipo también se plantean en relación con Internet, ya que el bloqueo general del acceso a determinados servidores puede suponer una restricción indebida de determinados derechos fundamentales (Vid. un ejemplo en *IRIS* de julio de 1997, p. 10, donde se ofrece una reseña sobre la sentencia de la U.S. Supreme Court de 26.6.1997, declarando inconstitucional por este motivo parte de la "Internet Decency Act").

(65) Vid. en este sentido el Libro Verde de la Comisión sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información de 16.10.1996, y la posterior comunicación de la Comisión con una propuesta de recomendación sobre esta materia de 18.11.1997, COM (97) 570 final.

(66) Vid. en este sentido el Libro Verde sobre Convergencia, COM (97) 623, 3.12.1997, p. 48.

(67) Estas normas no sólo deben tender a proteger el interés de los consumidores, sino también deben prever que éstos, a través de organizaciones representativas, sean consultados antes de adoptar nuevas normas, y también que participen en el proceso de control del cumplimiento de las mismas. Para cumplir esta segunda función, debe otorgarse a dichas organizaciones la capacidad de presentar denuncias ante los supuestos de incumplimiento de estas normas, y la capacidad de ser parte en los procedimientos que tengan lugar. Este papel de los consumidores, denunciando los supuestos de incumplimiento de la normativa sobre contenidos televisivos, puede tener gran relevancia en un entorno mediático caracterizado por la gran cantidad de canales existentes, que la autoridad competente es incapaz de controlar directamente.

(68) Vid. entre otros T. Prosser, D. Goldberg y S. Verhulst, *The Impact of New Communications Technologies on Media Concentration and Pluralism*, IMPS, 1996, pp. 55 y ss., y el informe elaborado por KMPG, *Public Issues Arising from Telecommunications and Audiovisual Convergence*, 1996, p. 16-17.

(69) J. J. González Encinar, "La constitución virtual", en J. Asensi (Coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Alicante, 1997, p.402, pone de manifiesto que "la televisión es hoy un elemento imprescindible para garantizar la integración cultural y política de la comunidad, y, en definitiva, del estado".

(70) C. Murrone, "Audiovisual Regulation and Policies", *Bulletin of the European Media Institute*, 4/95, p. 4, destaca lo que denomina "the experience good nature of broadcasting", es decir, que los programas de televisión son un tipo de bien que el consumidor sólo sabe si es de su agrado una vez que lo ha consumido. Son las cadenas de televisión, y no los consumidores, las que deciden los programas que se van a emitir, por lo que dichas cadenas juegan un importante papel en el desarrollo del gusto de los telespectadores.

(71) Vid. en este sentido D. Green, "Preserving Plurality in a Digital World", en T. Congdom y otros, *The Cross Media Revolution*, 1996, p. 35, y C. Murrone, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, pp. 10-11.

(72) Aún en el caso de que los canales digitales de los operadores de televisión pública no sean de pago, estos operadores públicos pueden necesitar el uso de decodificadores para que transformen la señal digital en analógica, que es la tecnología que aún emplean los televisores que tienen los ciudadanos en sus hogares. O las televisiones públicas pueden tener que codificar sus emisiones para evitar que sean vistas en determinadas zonas, en cuyo caso también necesitan el uso de decodificadores. Si los decodificadores que tienen los ciudadanos en sus casas son propiedad de otra empresa, los operadores públicos deberán acordar con dicha empresa el uso de estos aparatos. El legislador, además de establecer medidas para que en esos casos sea tenida en cuenta la naturaleza pública del servicio que prestan los operadores de



televisión pública, debe también establecer normas sobre las guías de programación electrónica que garanticen que las televisiones que emiten en abierto reciben en esas guías un trato equivalente al de las televisiones de pago.

(73) La justificación de esa financiación pública está estrechamente relacionada a la programación que ofrezcan las televisiones públicas. Es difícil justificar el que los ciudadanos contribuyan con cientos de millones de pesetas a la financiación de las televisiones públicas si éstas entran en clara competencia comercial con las privadas y ambas acaban ofreciendo los mismos contenidos. Sin embargo, es sumamente complicado determinar qué programas concretos justifican la existencia de un servicio público. Debe tenerse en cuenta que la función de las televisiones públicas es tanto informar como educar y entretener a sus espectadores, y dichas televisiones necesitan garantizar su viabilidad económica mediante la emisión de programas de éxito para poder financiar la realización de otros programas de interés general pero menos rentables económicamente, y que no emiten las televisiones privadas. Sobre el problema de cuál debería ser la programación de un servicio público, vid. C. Murrioni y N. Irvine, *Quality in Broadcasting*, 1997. A falta de reglas generales que permitan establecer cuándo una televisión pública está cumpliendo sus funciones o está compitiendo indebidamente, es necesario estudiar cada caso concreto, y evitar los posibles abusos financieros de las televisiones públicas cuando se produzcan. Un criterio al que cabe acudir en todo caso es al de la exigencia de las televisiones públicas de actuar como lo haría "un inversor en el mercado", de manera que no se valgan de las ayudas públicas para alterar las condiciones del mercado, p.ej., pagando un precio desorbitado e ilógico desde una óptica comercial por un programa codiciado por varias cadenas, a sabiendas de que la existencia de sus fuentes adicionales de financiación le permiten asumir las pérdidas. Sobre ese principio, Vid. en general la sentencia de 24 de octubre de 1996, As. acum. C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Bremer Vulkan, y en la doctrina S. Muñoz Machado, *Público y privado en el mercado de la televisión*, 1993, p. 102-104.

(74) Vid. un punto de vista favorable a la participación de las TV públicas en este mercado en C.E. Eberle, "Public Broadcasters and Digital Television", en B. Holznapel y C. Möller (Eds.), *Media Law in Europe*, 1994, pp. 79-82.

(75) Vid. un análisis de los criterios tradicionales empleados para limitar la concentración en Libro Verde sobre Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior, COM (92) 480 final, 23 de diciembre de 1992, pp. 52-53.

(76) Vid. B. Robinson, "Market Share as a Measure of Media Concentration", en T. Congdom y otros, *The Cross-Media Revolution: Ownership and Control*, 1996, pp. 50-72; y P. Iosifides, "Methods of measuring media concentration", *Media, Culture & Society*, 1997, vol. 19, pp. 643-663.

(77) Vid. como ejemplo de un sistema en el que se sigue parcialmente este criterio el art. 2 de ley italiana nº 249 de 31 de julio de 1997, G.U. nº 177 de 31 de julio de 1997 (suplemento ordinario).

(78) Pionera a la hora de proponer sistemas de control de concentración basados en criterios de audiencia es la Comisión Europea, que encargó sendos estudios sobre esta posibilidad al GAH ya en 1993 (*Audience Measurement in the EC*, sept. 1993), y 1994 (*Feasibility of Using Audience Measures to Assess Pluralism*, nov. 1994). Siguiendo esa misma línea, la Comisión ha elaborado una propuesta de directiva (*Proposition de Directive du PE et du Conseil relative à la propriété des médias dans le Marché Intérieur*, de marzo de 1997), pero ante la falta de respaldo de los estados miembros de momento no la ha presentado oficialmente. En todo caso, esa propuesta ha sido tomada en cuenta en mayor o menor medida por el Reino Unido y por Alemania en sus recientes reformas de sus normativas anticoncentración (*Broadcasting Act 1996*, Schedule 2, y los arts. 26 y ss. del *Rundfunkstaatsvertrag* tras su reforma de 1996, respectivamente).

(79) Vid al respecto el informe del European Institute for the Media para la Comisión *La transparence dans le contrôle des médias*, 1994, y el art. 4 de la *Proposition de Directive du PE et du Conseil relative à la propriété des médias dans le Marché Intérieur*, de marzo de 1997.

(80) Vid. D. Green, "Preserving Plurality in a Digital World", en T. Congdom y otros, *The Cross-Media Revolution: Ownership and Control*, 1996, pp. 25-36, y el informe del Conseil Supérieur de l'Audiovisuel *La télévision à péage par satellite: les risques de position dominante*, 1997.

(81) Ese peligro de dominación simultánea de varios puntos clave es especialmente intenso en relación: a) Con los principales operadores de televisión de pago, interesados en dominar la televisión digital de pago, y que tienen posiciones muy consolidadas en varias fases de la cadena de producción (adquisición de derechos de retransmisión en exclusiva, control de abonados, a menudo también en el sector de sistemas de acceso condicional...); y b) Con los operadores de telecomunicaciones de servicio público (PTO's, Public Telecommunications Operators), quedesean ofrecer de forma conjunta servicios de televisión y telecomunicaciones para consolidar su posición, y que dominan las infraestructuras, disponen de grandes recursos económicos y tienen importantes bases de clientes. Hasta ahora, las autoridades europeas han venido

entendiendo que una unión entre ambos tipos de operadores en un país llevaba al control absoluto del mercado por parte de las empresas participantes del acuerdo, por lo que han prohibido ese tipo de acuerdos. Vid. en este sentido la decisión de la Comisión 94/922/CE, de 9.11.1994, MSG Media Services (DOCE L 364/1, de 31.12.1994), la decisión de la Comisión de 19 de julio de 1995, Nordic Satellite Distribution, DOCE L de 2.3.1996 y la decisión de la Comisión sobre Cablevisión/Telefónica/Sogecable, de 19.7.1996, sobre incoación del procedimiento. En este último caso no llegó a haber decisión negativa sólo porque en el último momento se retiró el proyecto, pero ya había un informe negativo del Comité Consultivo sobre operaciones de concentración, revocando la decisión del gobierno español de aprobar la operación.

(82) Mientras que un determinado acuerdo que lleve a cabo un operador dominante puede estar prohibido, un acuerdo similar llevado a cabo por un operador con escasa influencia en el mercado puede estar permitido, cabiendo incluso optar por la discriminación positiva allí donde sea imprescindible para la existencia de competencia efectiva. Vid. una postura favorable a un sistema de control "behavioural" más que estructural en R. Collins y C. Murrone, *New media, new policies*, 1996, pp. 73-75.

(83) Vid. sobre este particular M. Aldridge and N. Hewitt (Ed.), *Controlling broadcasting. Access policy and practice in North America and Europe*, 1994.

(84) La exigencia de que las condiciones de acceso sean "transparentes y equitativas" implica que las tarifas de acceso que se fijen deben tener en cuenta los costes reales del operador propietario del recurso esencial, y contemplar un margen razonable de beneficio respecto a los costes. La exigencia de que las condiciones de acceso sean "no discriminatorias" hace referencia al hecho de que las tarifas que se exijan a un usuario no deben ser distintas a las que se pidan a otro, a no ser que existan motivos razonables para justificar esa diferencia. Vid. a este respecto OFTEL, *Guidelines for the Regulation of Conditional Access for Digital Television Services*, 1997. Si el operador al que se obliga a facilitar el acceso a terceros a un recurso esencial presta además servicios en un mercado adyacente valiéndose de dicho recurso, se le suele exigir la separación contable entre sus distintos negocios para asegurarse de que la tarifa que se imputa contablemente a sí mismo por el uso del recurso esencial es la misma tarifa que cobra al resto de los operadores de televisión, y también que el precio de esa tarifa no ha sido artificialmente elevado por la operadora de la red de infraestructura mediante una política de subsidios cruzados entre ambos negocios. También se exige directamente en ocasiones al operador que permita el uso del recurso esencial a los operadores de televisión de servicio público (p.ej. must-carry rules en el cable, que obligan al operador del cable a difundir todos los canales de servicio público).

(85) Vid. a este respecto C. Engel, "L'accès du publique et l'accès des opérateurs aux technologies avancées de communication", en Institut für Europäisches Medienrecht, *Les Droits Fondamentaux et les Nouvelles Technologies de l'Information dans le Secteur de l'Audiovisuel*, 1996, pp. 59; C. Murrone y N. Irvine, *Access Matters*, 1998, pp. 50-51; y T. Prosser, D. Goldberg, and S. Verhulst, *The Impact of New Communications Technologies on Media Concentration and Pluralism*, IMPS, 1996, pp. 60-61. En este mismo sentido se manifiesta W. Hoffmann-Riem, "New Challenges for European Multimedia Policy", *European Journal of Communication*, vol. 11 (3), 1996, pp. 327-346.

(86) Vid. también sobre este tema J. Enser y S. Olswang, "Acces Right or Copyright?", en R. Collins (Ed.), *Converging Media? Converging Regulation?*, 1996, pp. 65-70, en el que se trata sobre la búsqueda del equilibrio entre los derechos de autor y el derecho de los usuarios a copiar las obras que han adquirido.

(87) Vid. al respecto J. Bermejo Vera, "Derechos fundamentales, información y deporte", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 51, sept.-dic. 1997, pp. 65-93.

(88) Vid. al respecto C. Cowie y M. Williams "The Economics of Sport Rights", *Telecommunications Policy*, 1997. Sirva como ejemplo de la competencia que existe respecto a los derechos de retransmisión exclusiva en el mercado del fútbol el que el magnate alemán de los medios de comunicación Leo Kirch ya ha comprado a la FIFA la exclusiva mundial de los derechos de televisión de los campeonatos del mundo de los años 2002 y 2006, teniendo Kirch la intención de retransmitirlos por medio de la televisión de pago, salvo los partidos que está obligado por ley a retransmitir en abierto.

(89) Vid. C. Murrone y N. Irvine, *Access Matters*, 1998, pp. 16-20, y en especial p. 69, donde sugieren que en determinados supuestos de dominación de los derechos de retransmisión exclusiva podría ser conveniente acudir a la essential facility doctrine antes expuesta. De momento las autoridades comunitarias y nacionales han adoptado normas encaminadas a garantizar que determinados acontecimientos deportivos se emiten en abierto. Vid. el art. 3a de la directiva "TV sin fronteras", de acuerdo con el texto resultante de su reforma por la directiva 97/36/CE del PE y del Consejo de 30.6.1997, DOCE L 202, de 30.7.1997, p. 60, y en España la conflictiva ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, que ha generado una importante controversia al extender la obligación de emitir

en abierto al mejor encuentro que se dispute cada jornada en las competiciones deportivas de liga y copa, incluyendo la de fútbol (art. 5).

(90) Vid. en este sentido T. Ballard, "Spectrum Scarcity in Broadcasting", *Entertainment Law Review*, 1997, nº 7, 239-241. Además, en relación con la televisión digital, mientras se lleva a cabo el tránsito entre los sistemas análogos de transmisión y los sistemas digitales, y mientras los espectadores progresivamente se van haciendo con los equipos de recepción necesarios (decodificadores, televisores digitales...) es necesario emitir empleando los sistemas analógicos y digitales (simulcast), lo que también afecta al aprovechamiento del espectro.

(91) Vid. a este respecto C. Murrone, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, pp. 35-37, y el Libro Verde sobre Convergencia, COM (97) 623, 3.12.1997, p. 38. Ésa es la política que se sigue en la actualidad en Estados Unidos, donde el 18 de febrero se llevó a cabo la subasta de nuevas frecuencias. Las 138 compañías participantes en la subasta habían depositado 458 millones de dólares sólo para poder tomar parte en la misma. Vid. al respecto Spectrum Rush, *The Economist*, february 14 th 1998, pp. 81-82.

(92) Según C. Murrone, R. Collins and A. Coote, *Converging Communications - Policies for the 21st Century*, 1996, pp. 37-38, una vez que no haya que emitir en simulcast y que se reasignen las frecuencias, se podrán emitir cientos de canales por medio de la televisión digital terrestre.

(93) El número de licencias para televisión terrestre digital sigue siendo muy escaso aunque gracias a la digitalización haya aumentado el número de canales disponible porque el procedimiento que se suele seguir es el de otorgar a una empresa de televisión la gestión no de un canal, sino de un multiplex. El multiplex permite la combinación de canales comprimidos, de manera que a través de una única frecuencia se pueden emitir varios de ellos. La empresa que gestiona el multiplex puede decidir producir por sí misma todos los canales que el multiplex permite transmitir, o puede llegar a acuerdos con otros operadores para que estos emitan sus canales por esta vía. El legislador puede optar por imponer al titular de la licencia del multiplex que reserve parte de la capacidad para terceros operadores, o puede imponerle por el contrario que produzca él todos los canales, o puede dejarle libertad para que escoja la opción que entienda más oportuna para sus intereses.

(94) C. Murrone, "Audiovisual regulation and Policies", *The Bulletin European Institut for the Media*, 4/1995, p. 5, propone que se tengan en cuenta cuatro criterios a la hora de conceder las licencias: a) Eficiencia (cantidad de dinero que está dispuesto a pagar el operador por el uso de bienes públicos); b) Innovación (dar prioridad a los que sean pioneros en la introducción de nuevas tecnologías); c) Acceso (reservar canales a nuevos operadores, que ofrezcan distintos servicios) y d) Calidad (concesión en base a las características socialmente deseables de los servicios ofertados).

(95) M. Oreja en su discurso *Une approche réliste à l'avènement de la radiodiffusion numérique*, Luxembourg, 18.11.1997, p. 3, señala que las autoridades norteamericanas ya han decidido que dejarán de difundir la televisión por ondas mediante tecnología analógica en el año 2006, si el 85% de los hogares ya disponen de los equipos de recepción apropiados. El comisario Oreja se pregunta acerca del modelo que seguirá Europa: ¿Será posible coordinar la acción de los estados miembros, a pesar del distinto ritmo que sigue esta transición en cada uno de ellos? ¿O se dejará la decisión a las autoridades nacionales para que cada una pueda evaluar su situación concreta, pero con el riesgo de que se fragmente el mercado y de que se inmovilice innecesariamente una buena parte "de nuestro valioso espectro de frecuencias"? En todo caso, según el *Convergent Decision Group, Digital Terrestrial Television in Europe*, 1997, el proceso en Europa será largo, ya que se calcula que hasta dentro de 10 años seguirá siendo mayor el número de usuarios de TV analógica que de TV digital, y que los primeros países europeos en abandonar las tecnologías analógicas (switch-off) no lo harán hasta el 2013.

(96) Vid. el discurso de M. Bangemann, *A New World Order for Global Communications: The Need for an International Charter*, *Telecom Inter@ctive '97*, Ginebra, 8.9.1997, p. 3. La duración de esta fase transitoria dependerá en buena medida del tiempo que transcurra hasta que se generalice lo suficiente el uso de estos servicios, para lo que es muy importante el éxito de la televisión digital terrestre, que se dirige a grandes audiencias. Para que ésta triunfe es necesario que no sea discriminada en relación con otras modalidades de transmisión, y es también necesario que los equipos y aplicaciones necesarios para la recepción de los programas (decodificadores, guías electrónicas de programación, televisores digitales, DVD...) sean baratos, sencillos de usar y válidos para los distintos paquetes de canales, y que las empresas operadoras de televisión digital fomenten su adquisición. C. Murrone y N. Irvine, *Access Matters*, 1998, pp. 31-35, abogan por la creación de un fondo procedente de la subasta de espectro radioeléctrico y destinado a garantizar la universalidad de la televisión digital, tanto financiando las redes de infraestructuras necesarias para que este servicio cubra la totalidad del territorio, incluso si en algunos casos es antieconómico, como subvencionando la adquisición de equipos receptores por parte de personas con menos ingresos o facilitando a estas personas créditos preferenciales con este fin.

(97) Vid. a este respecto G. Borrie, "One regulator or more", en R. Collins (Ed.), *Converging Media? Converging Regulation?*, 1996, pp. 15-19. Los defensores de una autoridad común para ambas materias justifican su postura diciendo que la convergencia hace que las fronteras entre los distintos tipos de servicios tiendan a desaparecer, y que el mantenimiento de dos autoridades separadas sólo provoca constantes conflictos de competencias entre las mismas. Ejemplos de autoridad única en materia de telecomunicaciones y televisión es la FCC (Federal Communications Commission) americana, o la nueva Autorità per le garanzie nelle comunicazioni italiana. Sin embargo, los defensores de la existencia de dos autoridades separadas consideran que aunque las técnicas de emisión de los servicios de telecomunicaciones y televisión sean ahora comunes, los servicios en sí son muy distintos, y que la importancia de la televisión exige darle un tratamiento específico. Según los defensores de esta segunda postura, allí donde hay una autoridad única, ésta tiende a inclinarse del lado de las telecomunicaciones, debido a su mayor importancia económica, relegando así a un segundo plano los aspectos sociales que predominan en la televisión. Este segundo modelo ha sido el escogido por el Reino Unido, donde destacan entre otras autoridades con competencias en la materia OFTEL (Office for Telecommunications) y ITC (Independent Television Commission), y también por otros países europeos como Francia (CSA -Conseil Supérieur de l'Audiovisuel- y ART -Autorité de Régulation des Telecommunications-), Alemania...

**FORMA DE CITAR ESTE TRABAJO EN BIBLIOGRAFÍAS:**

Pérez Gómez, Alberto (1998): *Convergencia y televisión: retos del legislador*. *Revista Latina de Comunicación Social*, 4. Recuperado el x de xxxx de 200x de:  
<http://www.ull.es/publicaciones/latina/z8/rab8alcala.htm>