SENTENCIA DE LA CORTE SOBRE ARTICULO 56 DE LA LEY AUDIOVISUAL

La primera alegría para las telefónicas extranjeras y el oligopolio nacional de TV

Gustavo Gómez, 11 de agosto de 2016

Los incisos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual considerados inaplicables en las dos nuevas sentencias de la Suprema Corte de Justicia son escasos y casi los mismos de las sentencias anteriores. En el caso del recurso de Canal 4 apenas 4 en 65 artículos impugnados, mientras que en el caso del recurso Montecable fueron 5 en 72. Varios de ellos -7 de 9- ya fueron identificados en las anteriores sentencias (DirecTV y TCC, empresa de TV para abonados del Canal 10).

Sin embargo, uno de esos nuevos fragmentos declarados inconstitucionales es muy importante para el cumplimiento de los objetivos de garantizar diversidad y pluralismo que tiene la Ley[1].

Concentración y propiedad cruzada

Se trata del inciso 1 del art 56[2], que prohíbe que una persona o empresa que tenga una licencia de radio o TV pueda acumular también una licencia de telecomunicaciones, y viceversa[3], lo que se llama "propiedad cruzada". La disposición busca evitar que las empresas que tienen una fuerte concentración mediática puedan concentrarse más, ya no sólo acumulando la propiedad de medios dentro de un mismo sector del mercado (en radio o en TV) sino impidiendo cruzar propiedad y negocios entre mercados que, hasta hace unos años, estaban separados.

Esto es, que los grandes medios concentrados como Canal 4 / Montecable[4] no pudieran utilizar su infraestructura para ofrecer servicios de internet y datos, concentrando aún más dinero y poder al que

[1] El otro artículo afectado es el 117 que refiere al deber de transportar o *must carry.* Esto es, que las empresas de TV para abonados deben dar cabida gratuitamente a señales de TV abierta y otras de producción nacional. La Corte concluyó que no es constitucional que, a su vez, estas señales no puedan aspirar a recibir alguna contraprestación por ello (*must offer*)

[2] *"Las personas físicas o jurídicas que presten servicios de comunicación audiovisual regulados por la presente ley no podrán, a su vez, prestar servicios de telecomunicaciones de telefonía o de transmisión de datos. Esta incompatibilidad alcanza a las personas, físicas o jurídicas, integrantes de las personas jurídicas involucradas"*

[3] Otros incisos del art. 56, como el que impide la propiedad cruzada entre licencia de TV satelital con otras licencias de TV: *"Ninguna persona física o jurídica podrá ser titular, total o parcial, simultáneamente, de una licencia para prestar servicios de televisión para abonados satelital de alcance nacional y de autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta, así como tampoco de otras licencias para prestar servicios de televisión para abonados"*

[4] Recuerde que junto con el 10 y el 12 (más EQUITAL y RUTSA) reúnen el 95% de la audiencia y facturación en el mercado de TV abierta a nivel nacional, y el 60% de TV para abonados en Montevideo

ya tienen. El mismo impedimento vale para DirecTV, la empresa de TV satelital propiedad de la corporación norteamericana AT&T.

Por otra parte, ese artículo impide que otros poderosos actores transnacionales como las empresas de telecomunicaciones América Móvil (Claro) y Telefónica, de una escala muy superior a los tres "grandes" de la televisión uruguaya y un cuasi duopolio en toda la región, puedan contar con licencias para ofrecer servicios de televisión en Uruguay (por ejemplo para abonados por cable o de TV satelital).

El impacto de la sentencia

Esta decisión de la Corte es la primera buena noticia que las corporaciones mencionadas al principio de este análisis han podido escuchar del actual proceso de judicialización que se produjo luego de la aprobación de la Ley Audiovisual. Si bien tendrán límites para aumentar su concentración en medios tradicionales (esto ha sido declarado constitucional por la Corte) no estarían impedidos de ampliar sus ingresos e influencia ingresando a nuevos mercados favorecidos por la convergencia tecnológica.

Es necesario aclarar no obstante que, hasta el momento, el levantamiento de la prohibición sólo vale para el demandante y no se extiende automáticamente al resto de los operadores, lo cual generará una situación aparentemente paradójica: mientras Montecable podrá reclamar al Estado tener una licencia de datos, DirecTV y TCC por ahora seguirán sin poder hacerlo, ya que la Corte no les dio la razón en su reclamo contra el art. 56[5].

La sentencia respecto a este artículo significará, sin dudas, un fuerte desafío para la empresa nacional de telecomunicaciones, ANTEL que deberá plantearse, entre otras cosas, cuál será su estrategia en materia de contenidos audiovisuales. De hecho, las telefónicas internacionales hace rato que han abandonado el esquema de simples *carriers* o vendedores de paquetes de voz y datos para involucrarse cada vez más en la producción y distribución de contenidos a través de múltiples plataformas, incluyendo servicios de TV para abonados, servicios de *video on demand* (VOD) y otros.

Por su parte, los cableros del Interior deberán sopesar si este fallo inicial es una oportunidad o una amenaza para su sobrevivencia, y si significará un cambio en la alianza comercial que la mayoría ha logrado con ANTEL. La posible entrada de Claro y Telefónica al mercado de TV para abonados es una mala noticia que se suma al fuerte crecimiento de DirecTV en todo el país y los recientes problemas con EQUITAL SA[6].

Pero el levantamiento de la prohibición de la propiedad cruzada les permitiría ampliar su actual negocio como *carrier* de señales de televisión para sumar la venta de servicios internet directamente, diversificando ingresos y fidelizando clientes (aunque eso supondrá importantes inversiones de infraestructura que no todos están en condiciones de hacer). O podría valorizar su licencia ante un

[5] Tampoco a Canal 4, por no tener legitimación activa para reclamar

[6] Como en el caso de la negociación por la transmisión de la Copa América y otros eventos, que motivó un fuete reclamo de su gremial, la CUTA

posible escenario de compra-venta por parte de jugadores más fuertes, en un mercado que parece tender a concentrarse en unos pocos y grandes actores.

Las razones de fondo

La Corte comparte que la limitación a la concentración de medios es un objetivo legítimo que, en tanto busca proteger el interés general y la libertad de expresión de la población, hace que las disposiciones de la LSCA para impedir la acumulación indebida de licencias de radio, TV abierta o TV para abonados sean necesarias y legítimas. Afirma la Corte que *"una de las medidas imprescindibles, tendientes a la protección plena del derecho a la libertad de expresión, en sus dos dimensiones, radica en evitar la conformación de monopolios u oligopolios, de cualquier naturaleza (públicos o privados) en materia de medios de comunicación"*.

Por ello valida la constitucionalidad de tales disposiciones, como las establecidas en los artículos 51[7], 53[8] y 54[9], descartando las numerosas impugnaciones de los empresarios del sector, tal como lo ha expresado en los dos nuevos fallos y también en las sentencias de los casos DirecTV y TCC (el cable del canal 10).

Ante la impugnación de Montecable contra el artículo que prohíbe la propiedad cruzada, el Tribunal desechó los fundamentos referidos a las *"bondades que la parte atribuye a la "convergencia" de sectores económicos"* o al alegato contra la creación de un *"monopolio por la negativa"* en favor de ANTEL... *"La norma no crea ningún monopolio"*, afirma la SCJ. Pero considera que el inciso 1 del artículo 56 es inconstitucionalidad porque *"no resulta de la norma, ni ha sido explicitado por el Legislador"* cuál son las razones de interés general para limitar *"la prestación de servicios de telecomunicaciones, de telefonía o de transmisión de datos"*.

Lamentablemente, la Corte no ha tomado en cuenta, para interpretar las razones del legislador al aprobar este artículo, que notoriamente lo ubicó dentro del capítulo *"garantías y promoción de la diversidad y el pluralismo"*, junto con otras disposiciones anti-concentración. Tampoco ha comprendido que esta limitación es necesaria para evitar la concentración en un sistema de medios donde ya no se acumulan televisoras por un lado, radios por otro y telefónicas por otro, sino que se avanza mundialmente en concentraciones verticales y multimediales, y no solo horizontales (en un mismo sector o mercado).

¿Contradicciones de la Corte?

Lo más llamativo de la sentencia es que la Corte ya se ha pronunciado sobre este inciso en dos fallos anteriores, pero en ambos interpretando que no incumplía con la Constitución.

Si en el caso de Tractoral SA (TCC) rechazó la irregularidad por razones de "forma", en tanto entendió que no tenía legitimación activa para que esta empresa recurriera tal artículo, ese argumento

[7] *"Es deber del Estado instrumentar medidas adecuadas para impedir o limitar la existencia y formación de monopolios y oligopolios en los servicios de comunicación audiovisual, así como establecer mecanismos para su control"*
[8] Limitaciones a la titularidad de servicios de radio y televisión abierta
[9] Limitaciones a la titularidad de servicios de televisión para abonados

no surge –al menos expresamente- como razón para desechar la impugnación que realizó DirecTV en su momento. También podría argumentarse que los demandantes anteriores alegaron la violación de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pero no el principio de libertad de empresa, como sí lo hace Montecable.

Sin embargo, sea cual sea el principio constitucional a proteger, en la sentencia referida al recurso presentado por DirecTV, cuatro de los cinco jueces de la Corte[10] consideraron que el artículo 56 no era inconstitucional explicitando las razones de "fondo" que los llevaban a esa conclusión. Y es aquí lo que aparenta como una clara contradicción con la actual sentencia.

El primer fallo de la SCJ expresó con contundencia que *"la limitación de la convergencia entre sectores de las telecomunicaciones prevista en los incisos 1 y 2 de la norma supone un fenómeno que se produce en todo el mundo y que no afecta ninguna norma constitucional"*. A su vez, fundamentó su rechazo en razón que imperaba el interés general en tanto era *"clara"* la intención del legislador de impedir la confirmación de monopolios y oligopolios en ese artículo, lo cual legitimaba los límites impuestos a los derechos del demandante.

Esto, en el entendido que una correcta interpretación de esa disposición debía encontrarse luego de *"ser analizada, en cuanto a su regularidad constitucional, de manera integral y sin perder de vista los principios que la informan, claramente establecidos en su art. 2"*. La Corte incluso hizo mención expresa a que debía recurrirse a la lectura del artículo 51 sobre los monopolios y oligopolios que, dice la Corte, *"busca respetar el interés general de toda sociedad a que se asegure el verdadero derecho a la información de las personas que, necesariamente, conlleva la pluralidad y diversidad en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual"*.

En una comprensión totalmente opuesta, el texto de la actual sentencia –aprobada por una nueva mayoría de 3 a 2[11] -, expresa que *"en relación a la prohibición de prestar servicios de telecomunicaciones de telefonía o de transmisión de datos, en el caso, no existen razones de interés general para limitar tales derechos, circunstancia que, por si sola, vulnera el principio de libertad previsto en el art. 7 de la Constitución"*.

La primera sentencia de la Suprema Corte de Justicia referida a la LSCA, con la misma integración de jueces, había afirmado lo contrario: que el inciso 1 del art. 56 no era inconstitucional, ya que *"es clara la intención de evitar la conformación de monopolios y oligopolios en materia de telecomunicaciones, cuestión que, por ser de interés general, permite limitar ciertos derechos de consagración constitucional"*. Esto es, la propia Corte aclarando las razones que hoy la mayoría de la Corte dice no encontrar.

[10] Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux, Elena Martínez y Felipe Hounie
[11] Dres. Jorge Larrieux, Elena Martínez y Jorge Chediak