

LAS INDUSTRIAS CULTURALES ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA (Y VICEVERSA)

Carlos PADRÓS REIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Investigador grupo REDERCO
Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN. *CULTURAL ECONOMICS* O LA ESPECIFICIDAD ECONÓMICA DE LA CULTURA

El análisis económico del sector cultural fue olvidado por los economistas puesto que éste constituía una parte del llamado trabajo no-productivo. A pesar de este primer enfoque, la economía de la cultura se ha abierto paso a lo largo de los años como demuestra el *survey* de THROSBY (1994) en el *Journal of Economic Literature*¹.

La cultura tiene una importante repercusión a nivel económico. Dos ejemplos pueden ser bastante ilustrativos. El Museo Guggenheim de Bilbao supuso la generación de un valor añadido de más de 144 millones de euros el primer año de funcionamiento (0,47 por 100 del PIB de la Comunidad Autónoma del País Vasco). Ha supuesto la creación de casi 4.000 empleos y ha supuesto ingresos tributarios para la Hacienda Pública vasca de 27 millones de euros.

En el mismo sentido, un estudio de la Universidad Politécnica de Cataluña revela que la organización del festival Doctor Music en Cataluña supuso una aportación económica a la comarca del Pallars Sobirà equivalente al 2,31 por 100 de su PIB.

¹ D. THROSBY «The production and consumption of the arts: a view of cultural economics», *Journal of Economic Literature*, núm. 33, 1994. De manera general ver D. THROSBY, *Economics and Culture*, Cambridge University Press, 2000; J. HEILBRUN y C. M. GRAY, *The economics of art and culture. An american perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; A. PEACOCK e I. RIZZO, *Cultural Economics and Cultural Policies*, Dordrecht, Kluwer, 1994; R. TOWSE y A. KHAKEE, *Cultural Economics*, Berlin, Springer Verlag, 1992; B. S. FREY, *Arts & Economics: analysis & cultural policy*, Berlin, Springer Verlag, 2000; F. BENHAMOU, *L'Economie de la Culture*, Paris, Editions la Decouverte, 2000.

Además de estos ejemplos de externalidades positivas, la creación cultural puede afrontarse también desde una perspectiva industrial. De manera estimativa, puede considerarse que el consumo cultural supone cerca de un 4 por 100 del total del consumo privado, lo que revela su importancia cuantitativa en la cesta de la compra de las familias europeas.

La economía de la cultura se ha basado tradicionalmente en el análisis de manifestaciones culturales no comerciales (arte), mientras que las industrias culturales se han incluido dentro del ámbito de la economía industrial como si de un sector más se tratara.

Para ZALLO, *«hoy sigue habiendo una distancia fundamental entre las artes tradicionales y las industrias culturales. Las primeras son actividades no reproducibles, como las artes plásticas (pintura, escultura...) o el espectáculo en directo (teatro, danza, conciertos...) y se caracterizan —dada la imposibilidad de aplicación de modos de producción industriales— por unas formas de trabajo artesanales de producción estanca. En cambio, las industrias culturales se caracterizan por un tipo de producción cultural, la cultura de masas, y la aplicación de los principios de la organización del trabajo a la producción cultural. La esencia misma de la industria cultural es ser una actividad productiva valorizadora de un capital y, al mismo tiempo, producción que, para legitimarse socialmente, ha de ser o parecer necesariamente cultural, creativa y renovadora»*².

Las industrias culturales incluyen: las editoriales; la fonografía; el cine y la edición videográfica; los medios de comunicación como la prensa, la radio y la televisión; varias industrias sin un canal autónomo de distribución y difusión, como son la publicidad y la producción videográfica; las áreas tecnoculturales de la informática y electrónica, como la informática doméstica, redes cibernéticas de uso doméstico, así como determinados usos de Internet.

En definitiva, las industrias culturales pueden definirse por su capacidad de producción en serie de sus *items*, así como por la utilización del mercado como canal de comercialización de los mismos.

En tanto que actividades industriales, las industrias culturales deben cumplir los postulados económicos generales. Se trata de organizaciones que deben buscar la eficiencia económica en la asignación de recursos.

En este sentido, es pertinente la reflexión que efectúa GÓMEZ DE LA IGLESIA cuando afirma que *«existen básicamente dos vías para intentar conseguir esta eficiencia económica: por un lado, los mecanismos de mercado, en el que el precio es un indicador del valor que el producto o servicio tiene para el consumidor o usuario. Sin embargo, este mecanis-*

² R. ZALLO ELGEZABAL, «Política, sociedad, economía y cultura», AAVV, *Valor, precio y coste de la cultura*, Vitoria, Xabide, 1999.

mo parece no funcionar cuando hablamos de cultura ¿Es el valor un indicador de la predisposición al pago? ¿Precios más altos necesariamente indican una asignación de valor más elevada? Por otro lado, cuando faltan valores de mercado —en el caso cultural sólo existen en los sectores más industrializados y de mayor tradición del sector privado— es preciso deducir valores implícitos mediante los procesos de planificación de la oferta. Aquí la asignación de valor a la cultura por parte de las Administraciones Públicas juega un papel esencial en vistas no sólo a actuar como regulador del mercado, sino también para convertirse en proveedor de aquellos productos y servicios que cubran las necesidades no cubiertas por la iniciativa privada, y que se consideren estratégicos para el desarrollo equilibrado y cohesionado. Otra cuestión es si las Administraciones Públicas han de intervenir como promotores competitivos, con políticas de precios que corren el riesgo de distorsionar, no solamente la capacidad de la iniciativa privada de generar oferta autónoma, sino la propia percepción del valor de la oferta cultural»³.

La exploración del papel de la Administración Pública en la provisión de bienes y servicios culturales, a pesar de su crucial trascendencia, escapa a las modestas ambiciones de estas páginas. En cambio, queremos centrar nuestros esfuerzos en la capacidad de intervención mediante un instrumento fenomenal de disciplina del mercado como es la política de defensa de la competencia. No se trata, por tanto, de analizar el conjunto de mecanismos de intervención de que dispone el poder público en relación a las manifestaciones culturales, sino de examinar cuál es el tratamiento de las industrias culturales desde la perspectiva del Derecho de la competencia y sus instituciones.

Este análisis debe constatar que la economía de las industrias culturales presenta unas características diferenciales importantes. A modo de ilustración podemos destacar cinco aspectos:

— Los consumos culturales constituyen una excepción a la teoría económica de la utilidad marginal decreciente. Al revés, cuanto más cultura se consume, más se aprecia la misma y más necesidad hay de consumir más (*addictive goods*).

— La cultura necesita de inversiones a largo plazo, donde la rentabilidad y la amortización resultan de difícil contabilización.

— La cultura produce externalidades positivas difíciles de calcular. Las externalidades pueden presentarse tanto en forma general (*existence value*), puesto que la existencia de actividades culturales es beneficiosa para todos aunque no se disfrute directamente de las mismas; como por el hecho de poder elegir (*option value*); como por el efecto sobre generaciones futuras (*bequest value*).

³ R. GÓMEZ DE LA IGLESIA, «Reflexiones sobre el valor, el precio y el coste de la cultura», AAVV, *Valor, precio y coste de la cultura*, Vitoria, Xabide, 1999.

— El sector cultural presenta una fuerte dependencia de las ayudas públicas.

— La calidad de las manifestaciones culturales está sujeta a una fuerte asimetría, donde los ofertantes tienen información acerca de los productos que no disponen los consumidores. Muchas veces no sabemos con certeza la calidad de un libro o una película hasta que lo hemos consumido (bienes de experiencia)⁴.

Un estudio de la Fundación Ford datado en 1974 demuestra cómo el consumo cultural depende en gran medida del «capital cultural» heredado más que de la propia dinámica del sector (BENHAMOU, 2000). En este sentido, merece la pena destacar cómo el consumidor maximiza su beneficio no sólo con relación al sistema de precios, sino con relación a su posición inicial dentro del mercado. Así, el paradigma neoclásico de oferta y demanda se verá fuertemente distorsionado por factores pre-económicos:

TABLA I
PORCENTAJE DE PERSONAS QUE HAN ASISTIDO A UN ESPECTÁCULO
DE DANZA EN EL TRANSCURSO DEL AÑO

| | <i>Educación superior</i> | <i>Educación elemental</i> | <i>Diferencia</i> |
|-----------------------------|---------------------------|----------------------------|-------------------|
| Capacidad económica elevada | 14 | 4 | 10 |
| Capacidad económica baja | 12 | 2 | 10 |
| Diferencia | 2 | 2 | 0 |

Con este ejemplo se demostraría que el mercado en sí no es responsable de la calidad cultural de los productos. El mercado simplemente es un mecanismo de intercambio que responde a la demanda pre-existente. Si el consumidor demanda productos basura, el mercado se los ofrece. La cultura de masas y la comercialización industrial no reducen por sí mismas los niveles de calidad de las manifestaciones culturales. Lo que sí debe encomendarse al mercado es la garantía de la diversidad y la variedad de la oferta.

Sin embargo, el consumo cultural tampoco depende de manera exclusiva de la oferta que se pone a disposición del consumidor⁵. Así, si anali-

⁴ En este sentido, los premios literarios o la concesión de óscars a una película pueden ser determinantes del éxito comercial de la misma, pues suministran información —aunque muchas veces ni exacta ni neutra— al consumidor.

⁵ C. PADRÓS REIG y J. LÓPEZ-SINTAS, «Reflexions entorn la política catalana de foment de l'oferta cinematogràfica en llengua catalana», *Llengua i Dret*, 2005 (en prensa).

zamos las cifras de la asistencia de espectadores a salas de cine según la nacionalidad de la productora (Estadísticas Culturales de Cataluña, Gabinete Técnico del Departamento de Cultura, Media 1998-2002) resulta que las películas europeas tienen un índice de ocupación muy bajo:

TABLA 2
ÍNDICE DE PREFERENCIA Y OCUPACIÓN DE LAS SALAS DE CINE

| <i>Nacionalidad productora</i> | <i>Cuota de pantalla (%)</i> | <i>Cuota de espectadores (%)</i> | <i>Indicador de preferencia</i> |
|--------------------------------|------------------------------|----------------------------------|---------------------------------|
| Cataluña | 5,8 | 3,6 | 0,62 |
| España | 14,3 | 9,1 | 0,64 |
| UE | 30,4 | 10,5 | 0,35 |
| EEUU | 41,2 | 69,4 | 1,68 |
| Resto | 8,2 | 7,3 | 0,89 |
| Total | 100,0 | 100,0 | — |

Aunque la serie estadística es muy corta, permite deducir que la escasa presencia del cine europeo en nuestras vidas no sólo es una consecuencia del poder de mercado de las grandes *majors* norteamericanas y de la debilidad del sistema de distribución comercial europeo, sino también una elección deliberada del consumidor: simple y llanamente nos gustan más las películas norteamericanas. Así, mientras que las películas europeas ofertadas suponen el 30,4 por 100 del total, sólo atraen al 10,5 por 100 de los espectadores. De hecho, los índices de preferencia sólo son favorables (superiores a 1) para las películas USA: con una presencia ofertada del 41,2 por 100 de las películas, atraen al 69,4 por 100 del público. En los demás casos se presenta una sub-ocupación de las salas en relación con la oferta.

En definitiva, conviene destacar cómo los mercados no pueden por ellos mismos efectuar nuestras decisiones culturales. Sí es importante, en cambio, mantener un marco institucional idóneo para la diversidad y la creación cultural y en ello el Derecho juega un papel nada desdeñable.

Otro aspecto que merece la pena destacar es el relativo a la substituidad entre consumos culturales. Si una persona decide realizar un consumo cultural, puede escoger entre ir al cine, al teatro o a un espectáculo de música. Se trata de ver si las varias manifestaciones culturales constituyen un único mercado relevante (muy importante a efectos del Derecho de la competencia) o si, por el contrario, hay una segmentación entre productos de cada sub-sector. En este segundo caso, la competencia se pro-

duciría solamente entre productos iguales, es decir, una película con respecto a otras o una obra de teatro con otra⁶.

El mismo aspecto puede analizarse desde el punto de vista de la complementariedad de la explotación económica de la creación cultural. Así, BENHAMOU demuestra cómo la película *Forrest Gump* (uno de los mayores éxitos cinematográficos de todos los tiempos) consiguió que se vendieran cerca de dos millones de ejemplares de la novela (las ventas no habían superado los 9.000 ejemplares antes de la película). Junto con la película y la novela, apareció también la banda sonora, que vendió millones de discos. Ésta es la llamada estrategia COPE: *Create Once, Place Everywhere*. Este ejemplo demuestra la interrelación entre los sub-productos culturales y la explotación económica, y pone de relieve, desde el punto de vista de la oferta, la comunicación entre mercados relevantes en materia cultural.

Finalmente, se puede destacar la escasa elasticidad del precio de ciertos productos culturales. Así, un estudio realizado con el Museo de Bellas Artes de Boston en 1974 demuestra que un incremento del 100 por 100 del precio de la entrada supuso una disminución de sólo el 10 por 100 de los visitantes. Este razonamiento resulta importante en el debate sobre si los grandes museos nacionales deben cobrar una entrada al visitante o si por el contrario, el principio constitucional que obliga a los poderes públicos a garantizar el acceso a la cultura desaconseja el establecimiento de un precio de entrada que regule la demanda.

Todos estos ejemplos revelan la necesidad de estudiar la noción de mercado y de producto en relación con las industrias culturales. El paradigma de la neutralidad pública en la producción cultural debe tener en cuenta la necesidad de mantener la diversidad y fomentar el acceso de los ciudadanos. Lo que tradicionalmente se ha abordado desde el punto de vista de la política cultural puede lograrse, en el caso de las industrias culturales, con una adecuada intervención y control de los mercados. Aquí, el Derecho de la competencia está llamado a corregir las prácticas anticompetitivas y controlar un nivel adecuado de concentración empresarial.

Si esto es así, resultará indicado predicar una regulación pública distintiva de las industrias culturales, abandonando los postulados tradicionales de política industrial hacia un verdadero «*cultural economics*». Esta especialidad económica trasciende el campo de estudio para proyectarse sobre los métodos de intervención de los mercados, incluyendo la política de Defensa de la Competencia. Si el razonamiento económico presenta una especificidad propia, la aplicación del Derecho de la competencia debe hacer lo mismo.

⁶ J. H. GAPINSKY, «The lively arts as substitutes for lively arts», *American Economic Review*, núm. 76, 1986.

2. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y LA LLAMADA «EXCEPCIÓN CULTURAL»⁷

Las industrias culturales agrupadas en grandes grupos transnacionales tienden a propugnar el libre flujo comercial de sus productos. La globalización e interrelación económicas del mundo provocan una circulación de productos culturales con una tendencia cada vez mayor a la homogeneización como estrategia de disminución de los costes productivos a la vez que como estrategia de dominio de los mercados.

Frente a este fenómeno, aparece la reacción identitaria de algunos Estados-nación que ven en el flujo comercial de productos culturales una amenaza a la supervivencia de la cultura local (nacionalismo cultural). Con Francia singularmente a la cabeza, se propugna la exclusión de las manifestaciones culturales de los principios de libre comercio. Esta opción cuenta con varias dificultades: en primer lugar, hay que definir lo que se entiende por producto cultural y diferenciarlo del simple producto industrial. De otra forma, se utilizará la vestimenta cultural para disfrazar una actitud meramente proteccionista. En segundo lugar, la exclusión de las industrias culturales de la competencia internacional puede tener como efecto secundario el encumbramiento de la mediocridad. La protección puede proporcionar a ciertos productos culturales el talento que la audiencia les hubiera denegado.

La respuesta a la desigualdad de las fuerza de mercado se orienta en nuestros días hacia la excepción cultural y pocas veces hacia la creación de una identidad cultural propia. En otras palabras, la lucha global por el mantenimiento de la idiosincracia cultural debería abordar aspectos como la formación cultural del consumidor, la puesta a disposición de los creadores de los medios necesarios para realizar su tarea, la existencia de mecanismos sólidos de distribución, etc. Todas estas acciones son acciones de carácter positivo, que no comportan necesariamente la renuncia al libre flujo del comercio entre naciones.

Este tratamiento específico se ha visualizado claramente en la llamada excepción cultural propuesta en el seno de la Organización Mundial del Comercio, que merece una exposición detallada.

⁷ C. PADRÓS REIG, «La excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 231, 2004; A. TINEL, «Qu'est-ce que l'exception culturelle?», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 435, 2000; F. DEHOUSSE y F. HAVELANGE, «Aspects audiovisuels des accords du GATT. Exception ou spécificité culturelle?», C. DOUTRELEPONT (dir.), *L'Europe et les enjeux du GATS dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruselas, Bruylant, 1994; J. P. HORDIES y A. MAQUA, «L'exception culturelle: aspects de droit européen et de droit national de quelques États membres», S. MUÑOZ MACHADO (ed.), *Derecho europeo del audiovisual. Actas del congreso organizado por la asociación europea de Derecho del audiovisual*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997; C. HUBIN, «La culture dans l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI): avancée en terrain miné», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 8, 1998.

En los últimos años, la voluntad de tutelar la identidad cultural de los pueblos que integran la UE y su diversidad cultural se ha demostrado difícil por el proceso de globalización. Por globalización podemos entender la integración a nivel mundial de los mercados. Esta integración comporta un crecimiento constante de los flujos comerciales transfronterizos de bienes, servicios y capital. El motor principal de esta globalización lo constituye el progreso tecnológico que se ha propagado rápidamente por el mundo desarrollado. La globalización se revela como una fuerza económica positiva que ha proporcionado el crecimiento económico más duradero de todos los tiempos gracias a un aumento de la eficiencia en la transferencia de tecnología y una mayor especialización y competencia empresarial internacional. Así, la globalización supone una apertura sin precedentes de los mercados nacionales a la competencia.

En lo que refiere a la organización institucional de este fenómeno, se han creado organizaciones para gestionar el libre comercio y reducir las dificultades que persisten a los intercambios comerciales. Se trata de crear reglas globales para mercados globales. El protagonista indiscutible de esta globalización institucional es el GATT, hoy OMC. Las reglas fundamentales establecidas en el seno del GATT son: la no discriminación a través de la cláusula de la nación más favorecida; la eliminación de las restricciones cuantitativas (contingentes y cuotas) y la prohibición de las ayudas a la exportación.

De hecho, como ilustran magistralmente ÁVILA ÁLVAREZ y DÍAZ MIER, los orígenes del debate hay que situarlos en la redacción del art. IV GATT en las *«disposiciones especiales relativas a las películas cinematográficas»* que consagran la legalidad de las cuotas de pantalla: *«hay que señalar que la fuerte agitación que se ha producido en los años ochenta-noventa en torno a la negociación del sector audiovisual en la Ronda Uruguay no es más que una repetición de la que ya se produjo en 1946 y 1947. En efecto, tras la Segunda Guerra Mundial, un alud de producciones norteamericanas llegaron a una destrozada Europa. Esta invasión de productos norteamericanos se encontró con una doble oposición que actúa de manera conjunta. Por un lado, hay que enmarcar las protestas en el contexto de la naciente guerra fría. Tales protestas, muy intensas en Francia, estuvieron dirigidas por el potente Partido Comunista Francés, que temía el atractivo del American Way of Life sobre las masas europeas. Por otra parte, existió una fuerte oposición intelectual ante los que se consideraban simplistas y poco elaborados productos norteamericanos. Para resolver el problema, fue firmado un acuerdo entre Leon Blum, Presidente del Gobierno francés, y J. F. Byrnes, Secretario de Estado norteamericano, el 28 de mayo de 1946. En esencia, el acuerdo consistía en que, además de la concesión de un préstamo a la reconstrucción de la industria, los Estados Unidos obtenían la derogación de todas las restricciones aduaneras a la importación de películas. Una cuota de pantalla reservaba a los filmes franceses*

cuatro semanas sobre dieciséis en las salas francesas, la clásica proporción 1-4. Este acuerdo se consideró insatisfactorio por importantes grupos intelectuales que, apoyados siempre por el Partido Comunista, crearon un comité de defensa del cine francés, que obtuvo una revisión del acuerdo Blum-Byrnes y la creación de un fondo de desarrollo de la industria cinematográfica, alimentado por un gravamen a la entrada de las películas»⁸.

En el seno de la OMC se han desarrollado varias rondas de negociaciones, la más impotante para nuestra exposición, la Ronda Uruguay. Por primera vez se ha ampliado el radio de acción de las negociaciones hasta alcanzar los acuerdos sobre propiedad intelectual (TRIPS) y comercio de servicios (GATS).

Durante la primera etapa de negociaciones a finales de los años ochenta, la Comunidad Europea había aceptado expresamente la inclusión del sector audiovisual y la cultura dentro del ámbito objetivo del GATT, aplicando los principios generales de acuerdo también a estos sectores. En 1992, la Comisión Europea propuso una rectificación para introducir la llamada «cláusula de especificidad cultural», o sea, la inclusión de las manifestaciones culturales en el ámbito del libre comercio con algunos matices. La propuesta de la Comisión reservaba a los Estados la posibilidad de mantener las medidas que consideraran oportunas con la finalidad de preservar la identidad cultural nacional y regional. En definitiva, la fórmula europea no suponía la automática exclusión de las industrias culturales del acuerdo, sino que mantenía un margen de actuación a las políticas proteccionistas nacionales. La especificidad cultural reconocía el carácter distintivo del sector audiovisual y cultural y autorizaba a las partes a mantener obstáculos que en realidad impedían la aplicación misma del acuerdo. La cláusula suponía una especie de congelación de las medidas nacionales existentes que se someterían a una liberalización progresiva. No se contemplaba, en cambio, cuál era el margen de aplicación de nuevas medidas.

La proposición europea, aprobada por parte del Parlamento Europeo en 1993 fue endurecida al poco tiempo, optándose al final por la inclusión de una verdadera «excepción cultural». Ésta supone la exclusión del sector cultural del ámbito objetivo de aplicación de los acuerdos de liberalización. El art. 20 GATT refiere a las excepciones generales y prevé la no aplicación de los principios de libre comercio cuando el país firmante invoque la necesidad de salvaguardar ciertos valores entre los cuales se debería incluir la protección de la propia cultura.

⁸ A. M. ÁVILA ÁLVAREZ y M. A. DÍAZ MIER, «Las cuotas comunitarias de programación televisiva y los acuerdos internacionales sobre comercio (GATT-GATS): el conflicto entre Estados Unidos-Unión Europea», S. MUÑOZ MACHADO, (ed.), *Derecho europeo del audiovisual. Actas del congreso organizado por la asociación europea de Derecho del audiovisual*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997.

Con la firma del Acuerdo de Marrakech en 1994, que dio nacimiento a la Organización Mundial del Comercio, se ha reafirmado el concepto de excepción cultural. De hecho, todos los países UE, y algunos otros, han rechazado la aplicación de la liberalización al sector cultural (incluido el audiovisual), manteniendo el derecho a promover cualesquiera políticas culturales nacionales aunque ello suponga un obstáculo al comercio.

En 1997 reaparece de nuevo la discusión entorno a la excepción cultural con motivo de la negociación del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI). El AMI es un acuerdo que lleva años negociándose por parte de 29 países pertenecientes a la OCDE. La idea central es la de definir unas normas multilaterales básicas de liberalización de las inversiones que incluyan la prohibición de cualquier discriminación por razón del origen de la inversión. El AMI, pues, termina con la distinción entre inversión nacional e inversión extranjera. Se adopta una definición muy amplia de inversión, de manera que incluye cualquier tipo de bien poseído o incluso controlado directa o indirectamente. Como pone de relieve HUBIN, el acuerdo comprende la prohibición de aprobar cualquier normativa nacional que prevea el tratamiento preferencial a las inversiones locales o los incentivos para sostener la producción nacional⁹. En caso de incumplimiento de las disposiciones del AMI, las empresas extranjeras podrían demandar al Gobierno nacional y pedir una indemnización por los daños ocasionados.

Esta perspectiva ha disparado las alarmas en los países que, con Francia de nuevo a la cabeza, han defendido la excepción cultural. El acuerdo no prevé expresamente más que algunas excepciones en casos de seguridad nacional y industria militar. La falta de referencia a la excepción cultural podría poner en entredicho algunas de las políticas culturales que desarrollan los Estados miembros, ya sea porque suponen una ayuda a la producción nacional, ya sea porque impiden el pleno desarrollo de las inversiones de los grupos multinacionales.

Finalmente, en 1999 en Seattle se inició una nueva ronda de negociaciones en el seno de la OMC. Los quince Estados miembros de la UE, por unanimidad, han acordado incluir en el mandato negociador de la UE el objetivo de mantener y desarrollar las políticas culturales y audiovisuales, con la finalidad de preservar la identidad cultural frente a los procesos de globalización y liberalización del comercio.

En el mismo sentido, el art. 315 del Tratado, por el que se establece una Constitución para Europa, requiere la unanimidad del Consejo antes de aprobar cualquier acuerdo en materia comercial que pueda poner en peligro la diversidad cultural y lingüística de la Unión.

Los ejemplos que hemos descrito relativos a los procesos de liberalización comercial y globalización económica ponen de relieve un cierto

⁹ C. HUBIN, «La culture dans l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI): avancée en terrain miné», *op. cit.*

cuestionamiento de los instrumentos nacionales existentes a través de los cuales se desarrolla la política cultural (ayudas, cuotas, prohibiciones, etc). La globalización, en su aspecto económico, se basa fundamentalmente en la libertad y la libre competencia entre empresas. Estas premisas pueden entrar en contradicción con la política cultural tradicional. Ello no debe inducirnos a caer en un maniqueísmo estéril, donde las fuerzas del libre comercio se hallarían del lado malévolo, atacando la indefensa identidad cultural. Este discurso no es seguramente exacto y menos aún conduce a ningún resultado.

Al contrario, la reglas relativas al libre cambio obligarán a revisar los mecanismos de protección cultural, separando la legítima actividad de fomento del burdo proteccionismo. Por el mero hecho de que la globalización comporte cambios, no podemos calificar el proceso de manera negativa.

La clave de la solución del problema seguramente se encuentra en un punto de equilibrio entre competencia y cultura, buscando mecanismos de fomento compatibles con la libertad comercial. Aunque puede ser una valoración un tanto arriesgada, la liberalización comportará un cambio en el objeto de la actividad de fomento. Así, el futuro deberá tender a incidir en la competitividad del proceso cultural (puesta a disposición de medios) más que en la subvención o protección del producto¹⁰. Cualquiera que sea la opción, nada invalida el objetivo de las políticas culturales de promoción y preservación de la cultural propia. Sólo se deben adaptar los instrumentos jurídicos para destilar los fines culturales del nacionalismo cultural.

Pueden existir esencialmente tres vectores para el desarrollo de las políticas culturales:

— Mejora de la competitividad de la industria. En primer lugar, la entrada de productos culturales provenientes del extranjero que pueden sofocar la producción nacional si ésta no cuenta con unas características competitivas suficientes (tanto en lo que refiere a los costes como a la calidad). Las políticas culturales pueden establecer una notable influencia en la mejora de la competitividad de las industrias culturales sin necesidad de restringir el comercio.

— Pluralidad de operadores. En segundo lugar, la concentración de la producción y la comercialización de los productos culturales en el seno de grandes grupos industriales puede dañar el tejido industrial. Los poderes públicos pueden actuar para garantizar la efectiva existencia de mecanismos de distribución efectiva y de pluralidad de operadores en el mercado cultural.

— Fortalecimiento tecnológico. En tercer lugar, los países olvidan el potencial futuro de las nuevas tecnologías como canal de difusión y co-

¹⁰ C. PADRÓS REIG, «El Instituto Catalán de las Industrias Culturales: un nuevo modelo de Administración pública cultural», *AEDON, Rivista de Arte e Diritto on line*, Bologna, 2002.

mercialización cultural. En el futuro, la política cultural será más dependiente de la fortaleza tecnológica de la industria.

Existe un proceso imparable de liberalización e internacionalización en todos los sectores de actividad de la economía. La percepción europea es que esta liberalización proviene de los Estados Unidos. Así se entienden, por ejemplo, las manifestaciones del director de cine Bertrand Tavernier al periódico *Libération* el 17 de noviembre de 1999: «*el término globalización esconde un medio de propaganda estadounidense; se llama globalización por no hablar de imperialismo norteamericano*».

El mercado cinematográfico mundial está claramente dominado por las industrias norteamericanas (85 por 100 de cuota de espectadores en los cines europeos). Sin duda alguna, el Derecho de la competencia europeo tiene una gran tarea a desarrollar en este sentido, persiguiendo algunas de las prácticas restrictivas de la competencia que las *majors* puedan desarrollar o simplemente velando por los modos de ejercicio de esta clara posición de dominio en el mercado internacional. Esta oportunidad correctora no pasa en ningún caso por la discriminación y la obstaculización del comercio, sino por la aplicación del Derecho de la competencia.

Además, aunque nos cueste reconocerlo, la principal influencia cultural norteamericana en el mundo proviene de la industria audiovisual. Mientras que en los años cuarenta Francia consideraba el cine como una actividad marginal de escaso rendimiento económico, allende el Atlántico se desarrollaba una potente industria cultural¹¹. Mientras que la política cultural europea ha continuado con su énfasis en la llamada «cultura culta», el cine ha ganado la batalla. Está fuera de toda duda que la liberalización del sector cultural va a beneficiar al cine norteamericano, pero no estaría de más reconocer nuestros propios errores y nuestras propias incapacidades antes de responsabilizar de todo ello a la libre competencia.

En definitiva, no se trata de defender el sector cultural con barreras proteccionistas, sino de garantizar las condiciones necesarias que puedan hacer florecer la producción, la distribución y la exhibición de obras culturales europeas. Además, cuando el objetivo es precisamente preservar la diversidad cultural, una de las lecciones de la globalización y la liberalización de los mercados es la necesaria potenciación de la UE como actor internacional. Los Estados deben entender que la defensa de su cultura pasa por un ampliación competencial del papel de la UE. La UE debe actuar internamente para garantizar la desaparición de la segmentación

¹¹ Un estudio de la International Federation of Phonographic Industry (IFPI) demuestra cómo en 1998 las exportaciones norteamericanas de lo que podemos considerar productos culturales (películas, música, programas de televisión, libros, revistas y programas de *software*) sobrepasaban por primera vez en la historia el volumen total de las exportaciones de otras industrias tradicionales como pueden ser la industria automovilística, la agricultura o la defensa. Ver D. PUTNAM, *The undeclared war: the struggle for control of the world's film industry*, New York, 1997.

del mercado de las industrias culturales y, al mismo tiempo, externamente para hacer frente a las prácticas que distorsionan la competencia por parte de grandes multinacionales.

Frente a la tradicional excepción cultural, va ganando campo el concepto de protección de la diversidad cultural. Como indicaba Trautman, la entonces Ministra francesa de Cultura, en el *Libération* de 28 de octubre de 1999, *«la noción de diversidad cultural no sustituye a la excepción cultural. Se trata sólo de la explicación de la finalidad que se persigue en las negociaciones. Esta nueva noción está formulada en positivo y expresa la voluntad de conservar todas las culturas del mundo —no sólo la propia cultura— contra los peligros de la unificación. La excepción es la regla y debe seguir siéndolo; es el instrumento jurídico no negociable para alcanzar el objetivo de la diversidad cultural»*.

Así, en el ámbito internacional se ha impulsado por primera vez un texto relativo a la diversidad cultural. Según el art. 8 de la Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural¹²:

«Frente a los cambios económicos y tecnológicos actuales, que abren vastas perspectivas para la creación y la innovación, se debe prestar una atención particular a la diversidad de la oferta creativa, a la justa consideración de los derechos de los autores y de los artistas, así como el carácter específico de los bienes y servicios culturales que, en la medida en que son portadores de identidad, de valores y sentido, no deben ser considerados como mercancías o bienes de consumo como los demás».

Existen dos elementos de esta definición que merece la pena destacar. De un lado, los bienes culturales poseen un carácter específico en tanto que son portadores de valores e identidad. Este carácter específico justifica un tratamiento diferencial en el ámbito relativo al comercio. De otro lado, la diversidad cultural debe garantizarse a través de la garantía de la pluralidad en la oferta creativa. Retomaremos este segundo aspecto más adelante.

La formulación de la Declaración Universal de la UNESCO podría constituir el primer instrumento legal de fijación de lo que hasta hoy no es más que una doctrina o una posición en las negociaciones internacionales.

Como declaraba el director de cine y presidente de la Fundación Autor, Manuel Gutiérrez Aragón, en *El País* de 25 de abril de 2004: *«¿Es que hay alguien que pueda pensar que los creadores están en contra de la circulación de las obras, propias o ajenas? Ni escritores, ni plásticos, ni cineastas, ni músicos quieren otra cosa sino que las obras circulen. Queremos competir en un mercado libre —¿es libre un sistema en el que*

¹² Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural. Adoptada por la 31.ª reunión de la Conferencia General para la UNESCO. París, 2 de noviembre de 2001. Disponible en www.unesco.org.

las multinacionales cinematográficas norteamericanas dictan sus listas hasta alcanzar el 80 por 100 de la cuota de mercado?—, pero nadie debería caer en la simplificación de presentar la cuestión como cine europeo versus cine americano. Siempre hemos admirado al cine norteamericano, pero, a la vez, rechazado las terribles prácticas comerciales con las que someten a sus cineastas y combatido las presiones con las que quieren sojuzgar nuestras cinematográficas europeas». En el mismo periódico se expresa Fernando Trueba el 28 de agosto de 2004: «para que la libertad de elección del espectador exista hace falta primero que exista una oferta variada, que exista otro cine, y no sólo el de las grandes compañías americanas que controlan prácticamente todo el mercado audiovisual en España, en Europa y en el mundo entero. No sólo controlan la producción, sino, lo que es aún más grave, la distribución y la exhibición, incluso mediante prácticas que en su propio país están prohibidas por leyes antitrust para defender la libre competencia y que en Europa o no existen o no se aplican».

El Derecho de la competencia puede representar precisamente el equilibrio necesario entre libre mercado y protección de la diversidad cultural. La persecución de prácticas contrarias a la competencia puede devolver un mayor grado de pluralidad a la oferta cultural sin recurrir al nacionalismo cultural y el proteccionismo consiguiente.

En definitiva, una libre competencia genuina puede ser un instrumento muy eficaz para materializar el concepto de la diversidad cultural.

3. EL TRATADO UE Y LA POLÍTICA EUROPEA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ¹³

Jean MONNET, padre fundador de la Unión, argumentaba que si tuviera que empezar de nuevo lo que hoy es la UE, empezaría por la cultura, porque Europa necesita de una identidad colectiva tanto como de un proyecto común de intercambio de mercancías y servicios.

Históricamente, la protección cultural en la Unión se limitaba a la formulación del art. 28 (*ex* 30) TCE que contiene una mención específica a las exigencias imperativas que permiten restringir la libre circulación cuando estemos ante medidas que tengan por finalidad la protección del patrimonio histórico, artístico y arqueológico nacional.

¹³ De B. WITTE, «Trade in culture: International legal regimes and EU Constitutional Values», G. DE BÚRCA y J. SCOTT (eds.), *The EU and the WTO. Legal and constitutional issues*, Oxford, Hart Publishing, 2001; M. WELBROECK, «Cultura y proteccionismo en la Unión Europea», *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 7, 2000; G. KARYDIS, «Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale», *Revue trimestrelle de Droit européen*, vol. 30, núm. 4, 1994; L. MAYER-ROBITAILLE, «Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aids d'Etat relatives à la culture», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 40(3), 2004.

La competencia comunitaria en materia de cultura aparece de forma tardía en 1992 (art. 128 después reenumerado 151) conforme al concepto de gradualismo o neo-funcionalismo que explica el desarrollo competencial del ordenamiento comunitario. Así, la atribución a las instituciones comunitarias de competencia en este sector se justifica por la distorsión que la protección cultural puede producir en el desarrollo del mercado único. En otras palabras, el nacimiento de las competencias comunitarias en materia cultural empieza a ser imprescindible cuando se detecta que la cultura puede ser utilizada de manera proteccionista para dificultar el intercambio comercial intraeuropeo.

Por ello, se podría afirmar que históricamente ha prevalecido la cláusula del mercado y la garantía de las libertades comunitarias frente a una decidida conciencia de la necesidad de actuación europea en el ámbito cultural. Esta hipótesis se refrenda además por el carácter estrictamente limitado de la articulación jurídica al respecto.

Efectivamente, la competencia cultural europea es estrictamente complementaria de la que desarrollen los Estados miembros. La complementariedad cultural supone una limitación al desarrollo comunitario más intensa incluso que la subsidiariedad. Así, en la Comunicación de la Comisión del 29 de abril de 1992 se explicita que:

«A medida que se desarrolle la actuación cultural, y en especial cada vez que se proponga un programa específico, será preciso cerciorarse de que se esté observando escrupulosamente el principio de subsidiariedad (...) De acuerdo con esta óptica, la Comunidad tiene intención de fomentar la cooperación cultural en estricta complementariedad con las acciones emprendidas por los Estados miembros; en su caso continuará apoyando estas acciones en los sectores concretos enumerados en el artículo relativo a la cultura».

Como indica ALONSO GARCÍA: *«por lo que refiere a las competencias complementarias, el apoderamiento a favor de la Comunidad sería a los solos efectos de complementar las intervenciones de los Estados miembros, cuya competencia al respecto en ningún caso podría verse desplazada por las acciones comunitarias, llegando el Tratado incluso a prohibir expresamente en algunas materias toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros»*¹⁴.

Existe, pues, una diferencia importante respecto a la distribución competencial en materia de cultura que realiza la Constitución española de 1978 que utiliza el concepto de competencia concurrente o indistinta. Por el contrario, la competencia cultural de la Unión es sólo complementaria de la estatal y por ello mucho más limitada.

¹⁴ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

Además de este carácter estrictamente complementario, destacan dos limitaciones más al desarrollo de la competencia comunitaria en materia de cultura: en primer lugar, el método decisorio continúa anclado en la unanimidad y por ello en la trampa de la decisión conjunta; en segundo lugar, se excluye el potente mecanismo de integración que supone la armonización de las disposiciones nacionales. Sólo caben, pues, las medidas de fomento y las recomendaciones. La conjunción entre estas dos limitaciones revela una manifiesta desproporción al requerir la unanimidad para la adopción de medidas no coactivas.

Según VAQUER, «tanto las recomendaciones como las medidas de fomento no dejan de ser instrumentos un tanto desleídos y, por tanto, una base más bien endeble para la articulación de una política cultural. Se trata en definitiva de medidas que infrautilizan o incluso carecen de la que suele considerarse como la característica definitoria de la acción de los poderes públicos: la coacción. En su política cultural, la Comunidad sólo puede manifestarse tras el rostro amable del sabio consejero o del generoso mecenas»¹⁵. Además, según Manuel Gutiérrez Aragón: «se da la aberración de que para tomar cualquier decisión cultural en el seno del Consejo Europeo se necesita la unanimidad. Con sólo el voto negativo de un país se puede bloquear cualquier decisión. Tenemos que pedir que se reforme el voto por bloqueo y defender que esas decisiones se tomen por lo menos por mayoría cualificada para que no suceda que uno o dos votos impidan cualquier cambio»¹⁶.

Por todo ello, la disposición contenida en el actual art. 151 parece más pensada para garantizar las competencias culturales de los Estados miembros que para constitucionalizar una política cultural autónoma de la Unión.

La redacción del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa podría traer esperanzas de una mayor consideración de la cultura dentro del ordenamiento comunitario. Al leer el texto se encuentran algunas referencias a la protección de la diversidad cultural (arts. 3 y 22) y un artículo específicamente dedicado a la cultura: el art. 280, que, a nuestro entender, no introduce modificaciones sustanciales.

Los razonamientos expuestos se hacen perfectamente visibles en la STJCE de 23 de febrero de 1999 en el Asunto C-42/97 que enfrentó al Parlamento Europeo y al Consejo. La medida en cuestión es una decisión del Consejo que aprueba un programa plurianual para la promoción de la diversidad lingüística en la sociedad de la información. Esta medida fue adoptada en base a la competencia del art. 157, esto es, la competencia sobre política industrial y no en base al art. 151 sobre fomento de la diversidad cultural. Según el Tribunal, «la descripción de los aspectos

¹⁵ M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y Cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, 1998.

¹⁶ Entrevista a Manuel Gutiérrez Aragón, en *El País*, 28 de agosto de 2004.

culturales de una acción comunitaria no implica necesariamente recurrir al art. 151 como base jurídica, cuando la cultura constituye un componente esencial e indisociable del otro componente, sobre el que se basa la acción de que se trata, sino solamente es accesorio o secundario respecto de éste».

El fundamento jurídico de la sentencia resulta un tanto forzado para no tener que reconocer que la capacidad de actuación de las instituciones comunitarias en materia cultural resulta mínima.

A pesar de estas críticas, la competencia cultural comunitaria contiene un elemento horizontal de gran importancia para nuestro estudio en el apartado 4 del art. 151 al establecer: «*La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de las culturas*».

La inclusión de la cultura dentro del ordenamiento comunitario se opera, pues, como un título de intervención horizontal más que como una base jurídica autónoma para actuar. En definitiva, lo más destacable del art. 151 puede ser su influencia sobre las demás políticas de la Unión, de manera que el desarrollo de cualquier política comunitaria en aplicación de la cláusula de mercado único deberá tomar en consideración los aspectos culturales que ello pueda implicar.

Así se entiende, por ejemplo, la Resolución del Consejo de 20 de enero de 1997 sobre la integración de aspectos culturales en las acciones comunitarias (97/C 36/04). La resolución aparece después del Primer Informe de la Comisión sobre la consideración de los aspectos culturales en las acciones de la Comunidad [Informe de 17 de abril de 1996, COM (96) 160 final].

Según este documento, la atención de los aspectos culturales de la acción comunitaria debe basarse en los siguientes principios:

— La cultura forma parte integrante de la actuación comunitaria como forma de la potenciación de la ciudadanía y el desarrollo personal y humano.

— La cultura debe ser reconocida como derecho propio en el seno de la Comunidad.

— La cultura requiere de una colaboración horizontal en los procesos decisorios comunitarios.

— El acceso a la cultura y la afirmación de una identidad cultural son condiciones esenciales para la plena participación de los ciudadanos.

— La realización de actividades de tipo cultural debería contribuir a reducir las disparidades de desarrollo entre las distintas regiones europeas.

Por todo ello, el Consejo manda que periódicamente se elabore un informe sobre la afectación que puede tener el desarrollo de las políticas

comunitarias sobre la cultura (especialmente en aspectos como la libre circulación, derecho de la competencia y fondos estructurales). Lamentablemente, debe denunciarse la inactividad de las instituciones comunitarias en este aspecto, pues el Primer Informe de la Comisión antes citado no ha tenido continuidad alguna ¹⁷.

En definitiva, la aparición de la competencia de la Unión en materia cultural debería suponer la necesaria adaptación del Derecho de la competencia en este sentido. Parece claro que el Derecho comunitario ampara el hecho que no deban ser tratados de la misma forma los fenómenos económicos que conlleven una implicación cultural (las llamadas industrias culturales) frente aquellos sectores que podemos considerar ordinarios.

Este razonamiento es bastante visible si consideramos la política europea de ayudas de Estado en los sectores culturales ¹⁸ y también una cierta tolerancia en la inclusión de aspectos culturales como exigencias imperativas fundantes de la excepción a la libre circulación de mercancías y servicios ¹⁹, aunque, en conjunto, supone una articulación jurídica más bien pobre.

4. ALTERACIÓN DEL MECANISMO DE PRECIOS: EL SECTOR EDITORIAL ²⁰

Uno de los ejemplos más incontestables de la excepción que suponen las industrias culturales con respecto al Derecho de la competencia lo presenta el sector editorial y la práctica de la fijación de los precios de venta de los libros que se reproduce en bastantes países del contexto europeo.

¹⁷ Merece la pena mencionar las Resoluciones del Consejo de 21 de enero de 2002, sobre el lugar de la cultura en la Unión Europea (2002/C 32/02, *DOCE*, de 5 de febrero de 2002) y de 26 de mayo de 2003, relativa a los aspectos horizontales de la cultura (2003/C 136/01, *DOCE*, C 136, de 11 de junio de 2003). En la primera de las resoluciones se recuerda «la necesidad de que la Comunidad tome en cuenta los aspectos culturales en las actuaciones que lleva a cabo en virtud de otras disposiciones del Tratado, por ejemplo, la política de la competencia, de mercado interior y la política comercial común».

¹⁸ C. PADRÓS REIG, «La excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», *op. cit.*; L. MAYER-ROBITAILLE, «Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aides d'Etat relatives à la culture», *op. cit.*

¹⁹ Ver la evolución jurisprudencial a través de los casos siguientes: Cinetheque, S. A., c. Fédération nationale des cinémas français, *STJCE*, de 11 de julio de 1985, As. 60/84, *Rec.*, 1985, p. 2605; Groener, *STJCE* de 28 noviembre de 1989, As. 379/87, *Rec.*, 1989, p. 3965; Fedicine, *STJCE* de 4 de mayo 1993, As. C-17/92, *Rec.*, 1993, I-2239.

²⁰ AAVV, *Les incidences économiques de la loi sur le prix unique du livre en France*, La Documentation française, 1986; P. SCHWARTZ, *El precio de los libros: argumentos para una polémica*, Madrid, IDELCO, 1998; D. POUCHARD, «Les systèmes de prix fixe du livre dans les zones linguistiques transnationales au regard du droit communautaire», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 37(1), 2001.

Los editores pueden fijar el precio de venta de las ediciones y los distribuidores no pueden efectuar más que unos pequeños descuentos tasados en algunos casos. En España, esta restricción se halla amparada por la Ley del Libro de 1979 y en Francia por la Ley 81/766, de 10 de agosto de 1981, llamada *Loi Lang*.

La práctica fue objeto de examen en la cuestión prejudicial resuelta en la STJCE de 10 de enero de 1985 (caso Leclerc As., 229/83, *Rec.*, 1985, p. 1). El caso analiza si la fijación de los precios de venta de los libros a las distribuidoras es contrario al art. 85.1 TCE (nuevo 81) y en general a las normas de defensa de la competencia. Leclerc es un grupo de distribución de alimentos francés que supuestamente vendía libros a un precio inferior al fijado, infringiendo por tanto la ley que establece el precio del libro.

El Gobierno francés argumenta que la legislación de defensa de la competencia no es aplicable a las medidas legislativas adoptadas por los Estados. Además trata de justificar que la restricción de la competencia persigue un objetivo cultural como es conjurar los efectos adversos que la competencia salvaje podría provocar sobre la edición de libros y sobre la diversidad cultural en general. La restricción sería necesaria para mantener las pequeñas librerías especializadas frente a canales de distribución mucho más poderosos que efectúan una política comercial de reducción de márgenes sobre ciertos títulos muy comerciales (*best-sellers*).

La Comisión admite que el art. 85.1 (hoy 81) no es aplicable al caso, pero discrepa del escenario económico descrito por el Gobierno francés. La Comisión discrepa de la utilidad cultural de las medidas y reconoce que el sistema de precio fijo está establecido en numerosas legislaciones de países miembros.

El Tribunal critica en cierta medida la inacción de la Comisión que había anunciado la intención de investigar este tipo de restricción sin que hasta la fecha hubiera presentado ninguna conclusión.

El precedente al difícil caso ante el Tribunal es la Sentencia de 17 de enero de 1984 (As. 43/82 y 63/82., *Rec.*, 1984, p. 19), donde el Tribunal había declarado que la fijación de precios entre dos distribuidoras de dos países distintos constituía una práctica contraria a la competencia. En ningún caso, las normativas nacionales pueden prevalecer sobre el Derecho de la competencia, por muy extendidas que se encuentren en los varios Estados miembros. A pesar de este pronunciamiento, ni la Comisión ni el mismo Tribunal entraron a valorar la compatibilidad de las legislaciones sobre acuerdo de precio fijo con el Derecho de la competencia.

Las prácticas restrictivas consistentes en la fijación de los precios de los libros no han sido objeto de regulación por parte de la Comunidad. En esta situación, el Tribunal no se encuentra en condiciones de declarar la incompatibilidad del precio fijo de los libros con las normas comunitarias

de defensa de la competencia si estas restricciones no producen, además, vulneración de otras disposiciones del Tratado, como pueden ser las relativas a la libre circulación de mercancías.

La sentencia supone, pues, una reprimenda a la Comisión por su inactividad a la vez que un *self-restrain* del Tribunal que no entra a enjuiciar la distorsión de la competencia en el sector editorial. La sentencia tiene unos claros efectos en lo que respecta a la importación intracomunitaria de libros, pero no sobre la práctica misma de fijación de los precios ²¹.

Es importante destacar, sin embargo, cómo el Tribunal no comparte la argumentación de la especialidad cultural que debe excepcionar la aplicación del Derecho de la competencia, rechazando así tanto la argumentación francesa como la del propio Abogado General. Ni siquiera puede decirse que considere justificable una medida de efecto equivalente puesto que el art. 36 debe interpretarse de manera restrictiva y no cubre específicamente motivos de protección cultural.

Después de la Sentencia Leclerc se puede hablar de una cierta cronificación de la práctica anticompetitiva basada en un falso respaldo del Tribunal a la misma ²². La sentencia limita sus pronunciamientos al examen de los supuestos donde se produce además de una práctica anticompetitiva, una restricción al comercio entre Estados, pero de ninguna manera puede sostenerse que con ello haya dejado la práctica inmune desde el punto de vista de la competencia.

De forma más reciente y directa, el caso Échirrolles Distribution et Association du Dauphine ²³ permite al Tribunal enjuiciar la compatibilidad de la legislación nacional sobre el precio de los libros con el Tratado. El Tribunal determina que los arts. 3A y 102A (respeto a los principios de economía de mercado abierta y en libre competencia) constituyen disposiciones que no imponen a los Estados miembros obligaciones claras e incondicionales que los particulares puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En consecuencia, no resulta contrario al

²¹ Ver igualmente caso VBVB c. VBVB, Decisión de la Comisión de 25 de noviembre de 1981 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85, DOCE, L54, de 25 de febrero de 1982, donde la Comisión había declarado un acuerdo de importación entre editores y libreros belgas y holandeses como contrario a la libre competencia. La decisión fue impugnada ante el Tribunal y éste, en su STJCE de 17 de enero de 1984 (As. 43/82 y 63/82, Rec., 1984, p. 19), apoya la posición de la Comisión. En el mismo sentido: Decisión de la Comisión 89/44/CEE, de 12 de diciembre de 1988, Publishers Association – Net Book Agreements, DOCE, L 22, de 26 de enero de 1989. Los acuerdos afectan esta vez a los editores y distribuidores ingleses e irlandeses. Al igual que en el caso anterior, la Decisión fue objeto de recurso, dando lugar a la STPI de 9 de julio de 1992, As. T.66/89, Publishers Association c. Comisión, Rec., II-1995.

²² Ver STJCE de 24 de abril de 1997, As. 39/96, KVB c. Free Record Shop, Rec., I-2303; de 11 de julio de 1985, As. 299/83, S. A., Saint-Herblain distribution, Cenrte Distributeur Leclerc et autres c. Syndicat des libraires de Loire-Océan, Rec., 2515; 14 de julio de 1988, As. 254/87, Syndicat des libraires de Normandie c. L'Aigle distribution, Rec., 4457.

²³ STJCE de 3 de octubre de 2000, As. 9/99, Echirrolles distribution, S. A., et Association du Dauphiné. Disponible en <http://curia.eu.int>.

Derecho comunitario la aplicación de una normativa nacional que obligue a los editores a imponer a los librereros un precio fijo de reventa de los libros. La conclusión del caso Echirolles (2000) es esencialmente coincidente con la del caso Leclerc (1985). Ni en un caso ni en otro se utiliza la argumentación de la especificidad cultural del libro como justificación para la inaplicación del Derecho de la competencia.

La normativa sobre el precio fijo constituye una alteración anticompetitiva de la libre competencia como mecanismo de fijación de los precios. La alteración afecta de manera vertical al editor y al distribuidor, mientras que cualquier restricción horizontal quedaría fuera del amparo de la protección. Muchos países argumentan que la posibilidad de entrada libre en el mercado editorial compensa esta restricción vertical. Puesto que puede haber más editoriales, se garantiza un nivel de competencia aceptable. Este argumento, aunque débil en su misma esencia, conduciría a un análisis complejo entre restricción vertical y dominancia en el mercado²⁴. El razonamiento que propone el mismo Gobierno francés relaciona el nivel de atomización del sector con el mantenimiento de la restricción en el precio. Si ello es así, es indudable que desde la fecha de la Sentencia Leclerc no se ha experimentado más que un imparable proceso de concentración industrial en el sector editorial. Así, en la actualidad ya puede hablarse en Francia de un duopolio entre los grupos Hachette y Edizioni de la Cité (datos 2000). Según fuentes estadísticas oficiales, dos grupos dominan el 50 por 100 de la facturación y el 65 por 100 de la distribución. Lo mismo puede decirse en otros países: Italia con el grupo Mondadori, Reino Unido con el grupo Pearson o España con el grupo Planeta-Bertelsmann²⁵.

En cualquier caso, la evolución de la estructura del sector pone en entredicho la justificación de las restricciones verticales y hubiera merecido más atención en la sentencia del caso Échirolles.

A todo ello, cabe recordar que las restricciones en el sector del libro provienen en parte del carácter peculiar del sistema de distribución. A diferencia de otros productos, como pueden ser los discos, el editor asume la totalidad de los riesgos, puesto que se admite que las librerías devuelvan los ejemplares no vendidos de una obra.

De todas formas, la evidencia económica demuestra que las legislaciones sobre el precio fijo permiten la publicación de un número mayor de libros a condición de mantener un precio más alto de los mismos en su conjunto. En realidad se produce una cierta transferencia de rentas entre el libro de baja difusión (especializado) que mantiene un precio anormal-

²⁴ Sobre la concentración y las barreras de entrada, ver A. GRECO, «Market concentration levels in the US consumer book industry: 1995-1996», *Journal of Cultural Economics*, 24, 2000.

²⁵ Respecto a las concentraciones editoriales, ver caso COMP/JV 39, Bertelsmann/Planeta/Nuevas Ediciones de Bolsillo, de 28 de febrero de 2000; caso COMP/M 1377, Bertelsmann/Springer, de 4 de mayo de 1999; caso COMP/JV 24, Bertelsmann/Planeta/BOL, de 3 de diciembre de 1999.

mente bajo gracias a los precios más altos que deben pagar los lectores por libros más comerciales. Los precios por encima del óptimo competitivo serían equitativos si consideramos que todos los compradores de libros comerciales corresponden a un perfil de consumidor con rentas altas, cosa que no se corresponde a la realidad.

La fundamentación última de la inaplicación de la competencia al sector lo constituye el razonamiento basado en la excepción cultural: los libros no son una mercancía más.

Todo ello lleva a la adopción por parte del Consejo UE de la Resolución de 12 de febrero de 2001, sobre la aplicación de los sistemas nacionales de fijación del precio de los libros²⁶. Mediante este documento, el Consejo invita a la Comisión a tener en cuenta, al aplicar las normas de competencia y libre circulación, el valor cultural particular del libro y su importancia para el fomento de la diversidad cultural, resucitando en cierta manera el argumento desechado ya por el Tribunal en la Sentencia Leclerc. Igualmente, la Resolución recuerda que la *«libertad de cada Estado miembro, en su política a favor del libro y la lectura, a optar o no por un sistema nacional de precios para los libros, bajo una forma legislativa o contractual»*.

En cualquier caso, no queda claro que la mera invocación a la especialidad cultural pueda justificar una restricción vertical como la existente. La Comisión debería analizar con más detenimiento los efectos económicos de la restricción. Así, si se demuestra que la restricción competitiva va acompañada de un gran poder de mercado (doble barrera), la solución que debería adoptarse no es la del precio fijo, sino la del establecimiento de acuerdos de precios máximos que garantizara unos beneficios que fomentaran la entrada de nuevos operadores. Como especifica la OCDE *«la teoría económica explicaría lo que se observa ya en la práctica de los precios fijos: se trata de un esfuerzo de los distribuidores establecidos para evitar la aparición de nuevas formas de distribución comercial»*²⁷.

5. CONCENTRACIÓN INDUSTRIAL

Las industrias culturales deben afrontar numerosos riesgos. El índice de éxito de una obra puede variar enormemente y resulta muy difícil predecir exactamente los resultados económicos de una inversión. Esta falta de predictibilidad de los productos culturales hace que los operadores tiendan a disminuir al máximo el riesgo mediante estrategias de concentración.

²⁶ DOCE, C 73, de 6 de marzo de 2001.

²⁷ «Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation», *Reviews of Regulatory Reform-France*, Paris, OCDE, 2003.

Las industrias culturales sirven como filtro de la sobreproducción cultural que ofertan los creadores. Así, un gran grupo editorial puede recibir miles de manuscritos cada año, de los que publica un ínfimo porcentaje (menor al 10 por 100).

En este sentido, la concentración aumenta la capacidad económica, pero también reduce la incertidumbre que provoca la innovación. Una editorial pequeña puede erosionar el volumen de ventas de una gran distribuidora si consigue acertar con la producción de un determinado disco o con la edición de un determinado libro. El gasto cultural familiar no es ilimitado, con lo cual, las ventas de una sorpresa editorial recortan las ventas de otros libros más seguros.

La concentración empresarial tiende a reducir los riesgos mediante un mayor control del mercado y mediante una integración vertical de las fases productivas. La inflación de obras en el mercado aumenta la incertidumbre empresarial sobre sus posibilidades de éxito y rentabilidad económica. La atomización y la diversificación (valores inherentes al mantenimiento de la diversidad cultural) no hacen sino aumentar la incertidumbre económica.

BENHAMOU explica el fenómeno de la concentración empresarial como una exigencia de la llamada oferta por saturación: *«para concentrar la demanda en los productos propios, el distribuidor multiplica el número de salas en las que es posible ver la misma película, invierte en publicidad, intenta ocupar espacios en las páginas culturales de los periódicos y revistas, etc. Con esta técnica de la oferta por saturación, se aumenta el éxito de algunas películas en detrimento de otras, a la vez que determina una disminución de los nuevos productos. El propietario de una casa discográfica independiente reconoce en Le Monde de 31 de enero de 1995 que los distribuidores le exigen cada vez más una clara y firme campaña de promoción. Evidentemente quien llega con un clip promocional seis veces al día en un canal televisivo, con muchos millones de francos de presupuesto publicitario, tendrá muchas posibilidades de aumentar la ventas»*²⁸.

Sin embargo, estas estrategias destinadas a minimizar los riesgos de la comercialización de los productos culturales, paradójicamente, concentran los riesgos en determinados productos. Sólo los grandes grupos pueden soportar esta dinámica y asumir el fracaso de un estrategia tan costosa.

Esta concentración empresarial y el aumento de los costes provoca la necesaria estandarización del producto para reducir riesgos.

Durante los años noventa, la estructura y dimensión del mercado de las industrias culturales se ha transformado notablemente. El desarrollo de las tecnologías digitales y las políticas desreguladoras nacionales han ace-

²⁸ F. BENHAMOU, *L'économie de la culture*, Paris, La Découverte, 2000.

lerado ese proceso de progresiva concentración hasta llegar al panorama actual, dominado por grandes conglomerados. Según datos del Observatorio Europeo del Audiovisual, en 1993, el volumen de facturación de las 50 empresas más importantes del sector era de 118.000 millones de dólares. En 1998, tres años más tarde, la misma cifra global se alcanzaba ya por parte de las siete primeras compañías. Además, mientras que, en 1993, el 36 por 100 de las empresas era norteamericana, dos años más tarde esa proporción del mercado global aumentó hasta más del 50 por 100.

A pesar de que existen grandes productores cinematográficos mundiales (por ejemplo, India produce siete veces más películas al año que Hollywood), sólo las empresas norteamericanas dominan el comercio mundial. En 1980, la contabilidad de esas empresas reflejaba que sólo el 30 por 100 de su negocio provenía de la exportación. En 2000, los beneficios provenientes de la exportación alcanzan hasta el 50 por 100 del total.

Existe, en definitiva, un fuerte concentración de las industrias de contenidos que ha creado preocupación acerca del nacimiento de un oligopolio global de las industrias culturales. Esta concentración puede afectar a la diversidad cultural. De hecho, ya existe quien propugna la aplicación de la doctrina americana de las *essential facilities* al oligopolio comercial y de distribución del cine de Hollywood. El razonamiento es el que sigue: si bien es verdad que incluso un monopolista puede elegir con quién hacer negocios, si la negativa a proporcionar acceso a un producto o servicio se produce por quien ostenta un canal esencial de acceso al mercado, aparece una infracción de la legislación *antitrust* (ver *US c. Terminal Railroad, Ass.* 224 US 383, 1921)²⁹. Estas conductas constituyen una restricción ilegal de la competencia. La red de distribución de las *majors* constituye una *essential facility* para que los proveedores de contenidos puedan acceder al mercado global.

¿Cuál es la posición de las autoridades de defensa de la competencia al respecto? Veamos algunos casos.

A. DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 27 DE ABRIL DE 1992 (CASO NÚM. IV/M.202 THORN EMI/VIRGIN MUSIC)

La Comisión analiza en este expediente la compatibilidad con la normativa sobre fusiones empresariales de la compra de la totalidad de las acciones de Virgin Music por el grupo EMI. EMI se dedica tanto a la producción como a la grabación de música, así como a su venta minorista. De hecho, EMI es una de las cinco grandes *majors* del mercado discográfico mundial.

²⁹ Ver LI. CASES PALLARÉS, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, 1995.

La operación tiene indudablemente una dimensión comunitaria y, a juicio de la Comisión los efectos de la misma son esencialmente horizontales, es decir, la desaparición de Virgin Music del mercado de edición musical. Además, de este carácter horizontal, la Comisión investiga los posibles efectos verticales derivados del impacto de la fusión. En lo relativo al producto, se considera que no se producirá ni reforzará una posición de dominio. En lo relativo al mercado, la Comisión analiza si debe considerarse como mercado relevante el territorio comunitario en general o cada uno de los Estados miembros.

En principio, aunque el razonamiento no es fundamental para la decisión, la Comisión considera que el mercado musical como el analizado es esencialmente nacional. Las compañías musicales tienen políticas sobre el repertorio que varían según cada Estado miembro. Cada Estado tiene niveles distintos de demanda, crecimiento del consumo, política de precios y distribución (a excepción de los países del grupo Benelux) Sólo en algunos casos determinados se puede hablar de una política discográfica europea en el sentido global y sólo para artistas que reúnen una serie de requisitos: que generen un determinado volumen de ventas sostenido a lo largo de varios años; que vendan más de un millón de copias; que generen ventas a la exportación).

Como resultado de la fusión analizada, el grupo EMI controlaría cerca del 25 por 100 del mercado total. Esta cuota de mercado, combinada con el hecho de que existan otros competidores poderosos dentro del mismo sector, indica la ausencia de una posición dominante. La Comisión constata que nos encontramos ante un mercado europeo fuertemente concentrado. En los últimos cuatro años (1988-1992) al menos seis sellos discográficos llamados independientes han sido adquiridos por las grandes productoras. Virgin es, de hecho, en 1992, el último superviviente de este proceso de progresiva concentración. Como resultado de ello, EMI, Sony, Polygram, Warner y BMG se reparten entre ellas hasta el 80 por 100 del mercado europeo, que aumentará hasta el 83 por 100 después de la compra de Virgin Music.

En el razonamiento de la Comisión no aparece específicamente ninguna mención a las peculiaridades que pueden resultar de la actividad del sector discográfico. En otras palabras, en 1992 no existía todavía una preocupación acerca de la protección de la diversidad cultural en la defensa de la competencia. Del razonamiento de la Decisión parece más bien lo contrario. Según la Comisión, existen razones fundadas para justificar la concentración y el tamaño de las industrias discográficas. Así se expresa la Comisión en sendos apartados de su decisión:

«38. Los parámetros principales de competencia en el mercado musical son la promoción de los discos y la disposición de una gran variedad de artistas y géneros musicales. Dada la especial naturaleza del pro-

ducto en el mercado, el alcance de la competencia basada en los precios parece ser limitada. Por ello, se hace necesario recurrir a otros parámetros, como pueden ser la difusión radiofónica, la aparición en medios de comunicación, giras de conciertos y otros elementos de promoción».

Para lograr una competencia efectiva en estos aspectos, el tamaño resulta un elemento esencial:

«31. Todas las grandes compañías poseen una colección suficiente-mente grande y variada en sus catálogos de donde extraen una parte muy significativa de su volumen de ventas. Este catálogo está compuesto por singles y álbums editados en años anteriores. La demanda sobre estos títulos del catálogo proporciona a las compañías una fuente de ingresos. Estos ingresos se obtienen sin los costes asociados a la promoción y el marketing de nuevos títulos.

32. Los ingresos que reporta el catálogo representan una valiosa fuente de financiación para la inversión artística y permiten a las grandes compañías asumir riesgos mayores comparados con los competidores de menor dimensión».

En definitiva, pues, la política de concentración empresarial al momento de analizar la compra de Virgin Music por parte de EMI en 1992 parece claramente orientada hacia la consecución de un nivel deseable de concentración empresarial.

B. DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 11 DE OCTUBRE DE 2000 (CASO NÚM. COMP/M.1845, A OL/TIME WARNER)

Time Warner es una de las mayores empresas de contenidos de entretenimiento a nivel mundial. La operación sujeta a escrutinio de los órganos de defensa de la competencia supone, en este caso, el acuerdo con AOL como principal proveedor de acceso a Internet en los Estados Unidos. Como se puede claramente visualizar, se trata de una operación con efectos verticales (productor de contenidos y distribuidor), al revés de lo analizado en el caso anterior.

Se da la circunstancia en este caso de que AOL contaba ya con acuerdos con otro proveedor de contenidos como es Bertelsmann (a través de su discográfica BMG). La operación, pues, situaría a AOL en una situación privilegiada para «administrar» los contenidos de dos fuentes de producción musical (TW + BMG) que aproximadamente suman un 35 por 100 del mercado total.

La operación tiene su justificación por la necesidad de posicionamiento de las empresas en el creciente mercado de distribución musical

por Internet que permite su descarga directa por parte del usuario. Según la Comisión, existiría un gran riesgo de que AOL se convirtiera en «*guardián de este mercado naciente, dictando las condiciones para la distribución de ficheros audio en Internet*», considerando además que las empresas podían elegir un tipo de *software* de descarga musical compatible sólo con el reproductor de AOL (Winamp).

Según consta en el texto de la larga Decisión, se aprueba el acuerdo de concentración con algunas medidas correctoras destinadas a romper los lazos existentes entre Bertelsmann y AOL. En concreto, el apartado 95 establece los siguientes pactos:

— Determinación de un mecanismo de progresivo abandono del grupo Bertelsmann de AOL Europe y AOL Compuserve.

— Se toman medidas cautelares para garantizar que las relaciones entre AOL y Bertelsmann se desarrollarán en un marco de independencia hasta culminar este proceso de salida.

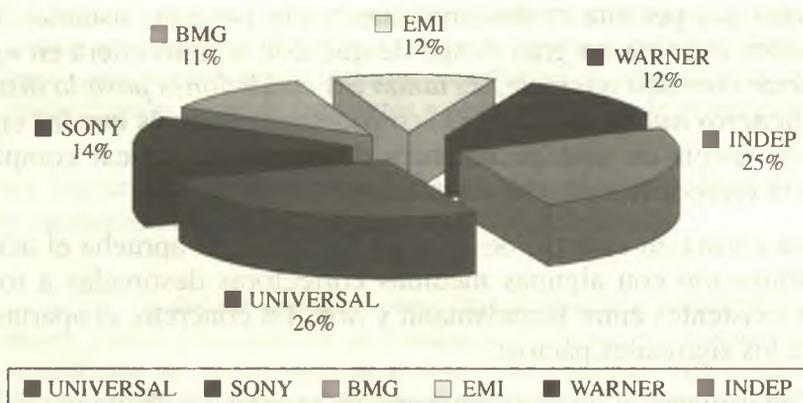
— AOL se compromete a no llevar a cabo ninguna medida restrictiva respecto a la utilización de *software* exclusivo o privilegiado para el acceso a la distribución de sus contenidos musicales. En este sentido, se garantiza que los potenciales consumidores de los contenidos de BMG dispondrán de mecanismos de acceso y descarga alternativos al sistema Winamp auspiciado por AOL.

La visión mucho más restrictiva de la Comisión al cabo de los años debe explicarse también por las diferencias sustanciales entre el caso EMI/Virgin y el presente. En primer lugar, los efectos de la fusión prevista son esencialmente verticales; en segundo lugar y a pesar de que las partes lo presenten de forma contraria, el mercado relevante no es el de la distribución musical en general, sino específicamente el de la distribución musical vía Internet; en tercer lugar, existe una relación privilegiada previa basada en una *joint venture* 50/50 de AOL con otro grupo de edición de contenidos como es Bertelsmann.

La fusión AOL/Time Warner pone de relieve los efectos anticompetitivos que pueden aparecer cuando una empresa posee una determinada tecnología de acceso que le permite ejercer un control significativo sobre el acceso al mercado («*gate keeper role*»).

C. NOTIFICACIÓN DE FUSIÓN ENTRE SONY/BMG (CASO NÚM. COMP/M.3333 SONY/BMG)

Los datos del ejercicio 2002 del mercado musical mundial presentan una distribución porcentual según datos de la propia industria en los siguientes términos:



En un primer momento, en el año 2000 se barajó la posibilidad de un acuerdo de concentración entre Time Warner y EMI. La posibilidad coincidía en el tiempo con el expediente antes presentado de concentración entre AOL y Time Warner y las fuertes críticas de asociaciones de consumidores y distribuidores hicieron fracasar la unión entre gigantes discográficos. En opinión de la misma Comisión, «*en el sector de la edición musical, Time Warner y EMI controlarían con mucha diferencia el mayor número de contratos musicales del mundo, lo que les situaría a una gran distancia de su inmediato competidor. Es altamente probable que Time Warner/EMI ostentaría una posición de dominio en este negocio*» [Boletín UE 6/2000, Competition (9/35)].

Con un descenso generalizado del negocio y a la vista de las estrategias de consolidación de otros operadores, SONY y BMG presentaron en enero de 2004 la notificación previa al proceso de concentración entre las dos empresas basado en un intercambio de activos sin acuerdo de pago en metálico por ninguna de las partes. Al mismo tiempo, existe noticia de las conversaciones entre EMI y Warner para retomar los acuerdos de fusión que se abortaron en el año 2000 precisamente por problemas de competencia.

A la vista de lo expuesto, es indudable la existencia de una ola de concentración en el subsector cultural de la edición y distribución musical en Europa. Habrá que esperar la tramitación y resolución de los expedientes para analizar cuál de las dos vías de promoción de la diversidad cultural eligen las autoridades de defensa de la competencia. Éste es, pues, sin duda un banco de pruebas importante para la definición de la excepción cultural en los casos de defensa de la competencia.

En cualquier caso, IMPALA —la asociación de productoras musicales independientes—, en su comunicado de prensa de 7 de noviembre de 2003 (www.impalasite.org), indica sin tapujos que las concentraciones previstas causarán un gran daño a la competencia y la creatividad de las empresas, reducirán las posibilidades de elección del consumidor y

podrán en peligro la diversidad cultural. En la solución de los casos planteados tendremos un inmejorable campo de análisis para determinar la operatividad de la excepción cultural en la política comunitaria de defensa de la competencia.

Los varios casos examinados permiten extraer una cierta dinámica acerca de la aplicación del Derecho de la competencia. Las concentraciones tomadas individualmente no son especialmente problemáticas desde el punto de vista de la aplicación del art. 2 del Reglamento de concentraciones. El problema puede aparecer cuando la concentración sobre los contenidos se combina con la existencia de mecanismos de restricción de acceso que pueden desembocar en prácticas discriminatorias. La revolución tecnológica ha desplazado el énfasis competitivo sobre los contenidos hacia los canales de distribución.

La posición de la Comisión se centra, pues, en garantizar el acceso a los mercados, mediante la imposición de condiciones severas a las concentraciones (algunas de ellas como la EMI/Time Warner fue abandonada por la dureza de las condiciones). Cuando la concentración de los contenidos va acompañada de la posible limitación de las vías de acceso al mercado (*gate keeper issue*), la aplicación del Derecho de la competencia debe ser especialmente vigorosa.

En otras palabras, el sector de las industrias culturales presenta un proceso de integración explicable en parte por las transformaciones tecnológicas. De por sí la integración no supone una amenaza al funcionamiento de los mercados. Sin embargo, cuando la posición dominante se refuerza con el control de los mecanismos de acceso, los mercados necesitan de la intervención del Derecho de defensa de la competencia.

En estrecha relación con el acceso a los contenidos, aparece el problema del control de los canales de distribución (*path issue*). En este caso, no se trata de controlar los derechos sobre los contenidos de manera anti-competitiva, sino de cerrar los canales de distribución a la presencia proveedores³⁰.

6. ALGUNOS EJEMPLOS DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

A. CASO WEA-FILIPA CCHI MUSIC S. A., DECISIÓN DE LA COMISIÓN 72/480/CE DE, 22 DE DICIEMBRE DE 1972³¹

La empresa WEA-Filipacchi Music S. A. efectúa la actividad de proveedor mayorista de discos de varios sellos discográficos para varios distri-

³⁰ Éste es el caso, por ejemplo, que presenta la operación de concentración entre Vivendi Universal, Canal + y Seagram, caso COMP/M 2050, de 13 de octubre de 2000.

³¹ DOCE, L 303, de 31 de diciembre de 1972.

buidores en Francia. En 1972, remite una circular a sus clientes advirtiéndoles de que es la única detentadora de los derechos de exportación de sus productos y pidiéndoles que firmen un compromiso de exclusividad con ella a fin de evitar la posibilidad de reexportar sus productos a Alemania, donde el precio de los discos es sustancialmente más alto. WEA distribuye los mismos títulos a un precio de 14,27 marcos en Alemania y de 14,31 francos en Francia a través de sendas filiales, lo que significa, tomando en cuenta el tipo de cambio, un incremento de más del 100 por 100).

La circular transmitida y devuelta firmada por los distribuidores franceses constituye un acuerdo entre empresas contrario al Derecho comunitario de defensa de la competencia y no puede ampararse bajo la pretendida obligación contractual que tiene WEA con las sociedades de autores nacionales.

La Comisión considera que los acuerdos destinados a prohibir la reexportación de discos distribuidos en Francia por WEA-Filipacchi hacia otros Estados miembros tienen por objeto restringir la competencia que los distribuidores franceses podrían ejercer en el mercado alemán.

B. CASO FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE CINE. SENTENCIA TJCE DE 4 DE MAYO DE 1993³²

El caso tiene su origen en una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español en relación con la compatibilidad con el Derecho comunitario del Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 13 de junio. Según esta disposición, las empresas distribuidoras de películas de cine podrán distribuir películas comunitarias libremente. Cuando se trate en cambio de películas de países terceros, la licencia de doblaje se somete al cumplimiento de una cuota a favor del cine español. De esta manera se concederán hasta cuatro licencias de doblaje por cada película española que se acredite como contratada para su distribución. Según el literal de la norma:

«a) *La primera licencia se concederá cuando el Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales tenga notificación de haberse iniciado el rodaje de una película española previamente contratada por el distribuidor solicitante de la licencia. Esta licencia quedará automáticamente anulada si la película no se presenta a la calificación dentro de los doscientos días siguientes al de inicio de rodaje.*

b) *La segunda, tercera y cuarta licencia se otorgarán cuando se acredite que dicha película ha logrado unos ingresos brutos de taquilla de treinta, sesenta y cien millones de pesetas respectivamente».*

³² Asunto C-17/92, Rec., 1993, I-2239.

Como puede apreciarse, se trata de una medida proteccionista que sujeta la concesión de licencias de doblaje y distribución de películas de países terceros no sólo a una proporción de exhibición de cine español, sino incluso al resultado económico de esa película nacional.

Ante la duda respecto a la legalidad de la medida, el Tribunal de Justicia se pronuncia en los siguientes términos. En primer lugar, se declara que la explotación en salas o televisión de películas a cambio de una remuneración constituye una actividad de prestación de servicios que reviste carácter transfronterizo. En segundo lugar, a pesar de que la sujeción a licencia de una actividad como la descrita es perfectamente legal, la restricción que plantea la norma española es discriminatoria, puesto que favorece exclusivamente la producción nacional. Al vincular la concesión de licencias de doblaje de películas procedentes de terceros países al rodaje y la distribución de películas españolas, el RD Leg. favorece a los productores españoles y discrimina a los productores establecidos en otros Estados miembros que pretenden distribuir también sus películas en España. Esta medida privilegia de manera ilegal la producción nacional. De hecho, este obstáculo podría salvarse vinculando la licencia de doblaje a la exhibición de una obra europea en vez de una obra española. En tercer lugar, interesa analizar el razonamiento de la sentencia respecto a la posible justificación de la medida:

«las normativas nacionales que no son indistintamente aplicables a las prestaciones de servicios, cualesquiera que sea su origen, sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción. Los objetivos de carácter económico no pueden constituir razones de orden público a los efectos de dicho artículo. Sin duda alguna, el RD Leg. persigue tal objetivo económico, ya que al tratar de garantizar la distribución de un gran número de películas nacionales asegura a los productores de dichas películas recaudaciones suficientes. No obstante, el Gobierno español alegó que el RD Leg. perseguía un objetivo cultural, a saber, proteger la producción cinematográfica nacional».

En definitiva, constatado el carácter discriminatorio y los efectos económicos del mismo, sólo quedaba la justificación de tratarse de una medida de política cultural. El Tribunal, de manera lacónica, establece que no puede acogerse la alegación. La política cultural no figura entre las excepciones a la libertad de prestación de servicios del art. 56. Ni siquiera en el caso de ésta figurara, no podría considerarse que la medida es de política cultural, ya que se favorece la distribución de películas nacionales *«cualquiera que sea su contenido o su calidad»*.

Por tanto, para poder considerar el palmario obstáculo a la libertad de prestación como política cultural, no basta con hacer una apelación genérica al cine. Sería necesario, según el Tribunal, que la medida beneficiara a determinados tipos de películas según su contenido o calidad (por ejem-

plo, cine experimental, de autor o según la definición comunitaria, películas difíciles (*sic*). En definitiva, no toda la política cinematográfica puede incluirse dentro de la política cultural. En ausencia de otras especificaciones, la concesión de licencias de doblaje de películas procedentes de países terceros y la distribución de películas nacionales persigue un objetivo de carácter puramente económico.

En este sentido, merece la pena destacar cómo el Tribunal va más allá incluso de las medidas liberalizadoras del GATT. Ese acuerdo, en su art. IV de la parte segunda, permite cuotas de pantalla que supongan la exigencia de exhibición de un número determinado de películas nacionales con relación al tiempo total de pantalla, sin exigir ninguna característica cultural a la obra. La UE impone en su interior una política sustancialmente diferente a lo que defiende en foros multilaterales internacionales.

C. ACUERDOS EXCLUSIVOS DE DISTRIBUCIÓN DE PELÍCULAS DE CINE.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN 89/467/CEE, DE 12 DE JULIO DE 1989³³

En 1981 tres grandes *majors* norteamericanas crearon la UIP como filial de distribución de sus productos en Europa. UIP, pues, ostenta los derechos exclusivos de distribución de películas en las salas de cine. La Comisión notificó que el acuerdo de distribución podía cuestionar la independencia de la oferta y que esta restricción a la competencia no se justificaba por ninguna razón de interés general³⁴.

La Comisión concedió una exención en virtud del art. 85.3 para los acuerdos de creación de UIP. La excepción alcanzaba un límite temporal de cinco años hasta 1993. Transcurrido ese tiempo, se debería de reexaminar el acuerdo. Cabe destacar cómo en este primer procedimiento de exención no se presentó ninguna alegación en contra no por parte de productores o distribuidores, explotadores o los mismos consumidores. UIP ostentaba el 22 por 100 del mercado europeo. Según la Comisión, el acuerdo UIP permite racionalizar la distribución en un mercado cinematográfico en declive (el número de entradas vendidas en los cines europeos disminuyó entre 1970-1986 en un 40 por 100 mientras aumentaba considerablemente la distribución en formato vídeo y el sector del cable).

Con este acuerdo se consigue una mayor eficiencia pues se reducen los costes inherentes a la distribución y se asegura al consumidor la disponibilidad y la regularidad de la oferta. La integración en una filial común asegura la distribución en Europa de los productos de las empresas, puesto que no existe a nivel comunitario ninguna estructura de distri-

³³ DOCE, L 226, de 3 agosto 1989.

³⁴ L. DEFALQUE, «Les concentraion des sociétés américaines de production dans la Communauté européenne», C. DOUTRELEPONT, *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruselas, Bruylant, 1994.

bución independiente (las existentes se encuentran integradas verticalmente con otras productoras). Además, la cuota de mercado del 22 por 100 no pone en riesgo la competencia en el sector. El logro de una mayor eficiencia por parte de las empresas americanas, sin embargo, contrasta fuertemente con la creación de una barrera para las producciones locales. De esta manera, la exención tiene como consecuencia negativa para el consumidor la reducción efectiva de la diversidad de los productos que puede elegir. Después de 1989, el número de películas ofertadas en las salas de cine de la Comunidad ha disminuido.

¿Han cambiado las circunstancias que avalaron ese acuerdo de distribución exclusiva? Se puede pensar efectivamente que la proporción de cine europeo ha disminuido a lo largo de los años aunque la evolución general no sólo es atribuible a los acuerdos de exención de UIP. El éxito del cine americano puede atribuirse a la existencia de un sistema de distribución eficiente, pero también a una mayor accesibilidad a la producción, así como a las preferencias del público mismo.

De todas formas, la negativa al acuerdo de distribución exclusiva en el caso UIP conllevaría sólo un aumento de la dependencia entre la sociedad suministradora de contenidos y su canal de distribución. Dicho en otras palabras, la alternativa a los acuerdos de distribución podría ser un refuerzo de la dinámicas de integración vertical del sector.

La decisión UIP ha sido objeto de renovación en 1999 por parte de la Comisión en términos prácticamente idénticos³⁵.

D. INTEGRACIÓN VERTICAL EN LA DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA. EL *BLOCKBOOKING*

En todos los países UE (15) a excepción de Holanda, los distribuidores de películas están presentes también en la exhibición de las mismas.

TABLA 3
INTEGRACIÓN VERTICAL EN VARIOS PAÍSES UE

| | <i>Empresas integradas verticalmente</i> | <i>Cuota de mercado (distribución) (%)</i> | <i>Cuota de mercado (exhibición) (%)</i> |
|----------|--|--|--|
| Alemania | Warner Neue Constantin | 40,0 | 6,0 |
| Bélgica | Hemelaer Indep. Films Cine-libre | 25,0 | 12,0 |

³⁵ DOCE, C 205, de 20 de julio de 1999.

| | <i>Empresas integradas verticalmente</i> | <i>Cuota de mercado (distribución) (%)</i> | <i>Cuota de mercado (exhibición) (%)</i> |
|-------------|--|--|--|
| Dinamarca | Warner Camera Metronome | 31,7 | 48,5 |
| España | Cinesa Lauren Films | 25,0 | 13,0 |
| Francia | UGC Gaumont Pathé | 30,2 | 33,5 |
| Grecia | Elke Spentzos Prooptiki | 13,5 | 15,0 |
| Irlanda | Ward Anderson | 12,0 | 47,0 |
| Italia | Cinema Cinque Istituto Luce | 37,5 | 3,3 |
| Portugal | Lusomundo Castelo Lopes | 60,0 | 65,0 |
| Reino Unido | UIP Warner Rank | 51,0 | 71,6 |

Fuente: White Book of the European Exhibition Industry, Media Salles Survey, 1992.

Los mercados analizados presentan varios grados de integración vertical. Así, los más destacados son Reino Unido y Portugal. En grado intermedio se encuentran Irlanda, Dinamarca y Francia. Dinamarca, a diferencia de Irlanda y Francia, cuenta con un operador norteamericano. La integración es menos pronunciada en los mercados español, belga y alemán. Para Grecia y Italia, los datos no son suficientemente concluyentes, pues la integración se desarrolla a través de acuerdos informales (*alignements*) que suponen también una forma indirecta de integración vertical. Lo mismo puede decirse para España respecto a la exhibición en ciudades pequeñas. Según las conclusiones del estudio: *«Incluso si las salas que son propiedad de las distribuidoras no están obligadas a proyectar películas propias, el acceso de las películas independientes a las pantallas se dificulta con la práctica de la integración vertical. A pesar de la fuerte indicación de la existencia de la integración vertical, el estudio demuestra que los operadores restringen el acceso para las películas de gran éxito. Así, ante una de estas películas, la distribuidora da preferencia a sus salas en detrimento de otras. De todas formas, en la mayoría de casos, la dificultad que pueden afrontar las salas para obtener películas no proviene de las limitaciones debidas a la restricción verti-*

cal, sino del escaso interés del distribuidor por salas que no sean muy rentables o por el hecho mismo que se ponen en circulación relativamente pocas copias de la película».

La cuestión de la exclusividad de la programación entre distribuidora y exhibidora no se regula en ninguno de los países examinados. En la mayoría de los países, esta práctica restrictiva se puede controlar mediante la aplicación de la legislación general de defensa de la competencia.

Para el caso italiano, merece la pena destacar el proyecto de ley de disposiciones para favorecer la circulación de las obras cinematográficas³⁶. Entre otras medidas destinadas a limitar la concentración de la fase de exhibición del sector, destaca la propuesta de introducción de límites máximos de presencia del distribuidor en la fase de exhibición de manera que ningún distribuidor podría ocupar una cuota de exhibición superior al 25 por 100 de los días anuales de programación de la sala. La norma intenta impedir que las salas de exhibición reserven a determinadas distribuidoras la exhibición exclusiva de sus películas. De todas formas, el porcentaje del 25 por 100 parece bastante arriesgado, puesto que la presencia en las pantallas podría alcanzarse ya con la cuota de mercado de cada una de las distribuidoras principales (20th Century Fox 19 por 100; Cecchi Gori, 17 por 100; UIP; 16 por 100, y Medusa 14 por 100)³⁷.

La integración vertical puede producir efectos perjudiciales de la competencia tanto en el aspecto *intra-brand* como *inter-brand*:

— Limitación *intra-brand*: se produce entre las salas exhibidoras respecto a un mismo producto. De esta manera, las salas integradas verticalmente pueden ofrecer películas comercialmente atractivas en desventaja de otras salas. Esto, por ejemplo, ocurre entre salas de grandes ciudades y salas de localidades pequeñas. El acuerdo de integración permite a la sala dependiente exhibir primero la película de manera que el público se desplace a la ciudad de ver la película. El acuerdo hace que una misma película se proyecte en menos salas que en situación de mercado.

— Limitación *inter-brand*: se produce entre varias películas. Mediante la integración vertical, las distribuidoras favorecen determinadas salas y aseguran el canal de distribución con lo cual reducen la competencia entre ellas.

Otra manifestación de la distorsión que puede suponer la integración vertical es el llamado *blockbooking* (o *blockbundling*). Esta práctica consiste en la contratación por paquetes mediante los cuales la distribuidora ofrece una película de grandes márgenes de explotación y beneficio comercial a cambio de contratar otro paquete de películas menos renta-

³⁶ Disegno di legge governativo recante Disposizioni per favorire la circolazione delle opere cinematografiche, AC6467/2000.

³⁷ O. MAIN, «La tutela de la concorrenza nel settore cinematografico», *AEDON, Rivista de arti e diritto on line*, 1/2000, www.aedon.mulino.it/archivio/2000/1/main.htm.

bles. Se trata, por tanto, de una práctica consistente en negociar un grupo de películas, lo que obliga al exhibidor a aceptar dentro de una misma transacción productos que de otra forma no contrataría.

Desde el punto de vista de la eficiencia competitiva, el éxito de una sala de cine proviene de su capacidad para atraer público mediante una adecuada selección de las películas que se proyectan. El *blockbooking* reduce esta eficiencia. Además, ciertas distribuidoras que no cuenten con películas seguras (*blockbusters*) tendrán mucho más difícil el acceso al mercado. La demanda de la audiencia se convierte en buena medida en irrelevante ya que la relación de mercado se produce entre el productor y distribuidor (oferta) y el exhibidor (demanda).

La autoridad italiana de defensa de la competencia ha examinado estos supuestos en los expedientes 7597, de 13 de octubre de 1999, y 7833, de 16 de diciembre de 1999³⁸.

En definitiva, no existe a nivel europeo el enfoque pro-competitivo adoptado en el famoso caso *US c. Paramount Pictures et al.* (US 334 US 1 de 1948), a raíz de cuya sentencia se obligó la desintegración vertical de la industria del cine y se separaron las distintas fases productivas. Ello obligó a las *majors* a desprenderse de cerca de 3.000 salas. Es cierto que alguna de las restricciones impuestas se ha relajado en la actualidad, pero sigue siendo un ejemplo válido de una acción decidida del Derecho de la competencia a favor de la diversidad cultural.

E. GESTIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. INFORME DE LA MONOPOLIES AND MERGER COMMISSION SOBRE *PERFORMING RIGHTS* (1996) Y *MUSIC ONLINE* *COMPETITION ACT* DE 2001 (USA)

El mercado discográfico presenta una notable complejidad por la afectación de los derechos de propiedad intelectual de los varios elementos que intervienen en el mercado. La MMC, en su informe de 1996 sobre *Performing Rights*, considera que existe una situación de monopolio natural con respecto a las sociedades de gestión de los derechos colectivos. Lo que conocemos como derechos de autor agrupa una gran cantidad de derechos de explotación que es imposible gestionar de manera individualizada por cada uno de los autores. De esta manera, las sociedades de gestión constituyen una restricción a la competencia que, sin embargo, se justifica por la existencia de un interés público.

Los costes de transacción de la gestión de los derechos se reducen considerablemente por la existencia de entidades de gestión que facturan una tarifa única para todo el repertorio (*blanket licensing*). Este sistema

³⁸ *Boll.* 41/1999 y 50/1999, respectivamente, disponibles en www.agcm.it.

funciona también a nivel internacional de manera que se pone a disposición un conjunto de obras universales mediante el pago correspondiente a las sociedades de gestión nacionales.

La MMC considera que las ventajas de la administración en monopolio de este conjunto de derechos opera a favor del interés público y que el aumento de la eficiencia prevalece sobre el problema de la fijación monopolista de los precios. Como garantía, existe la posibilidad de recurso al Copyright Tribunal para prevenir la fijación de precios abusivos³⁹.

Sin embargo, este sistema de gestión monopolista se basa en la atribución en exclusiva de los derechos de explotación a una sociedad de gestión. El sistema fue cuestionado por la demanda del grupo U2 ante la Office of Fair Trading. El mismo argumento se reproduce en el caso de la sociedad de gestión alemana GEMA, cuya práctica de exclusividad ha sido cuestionada por vulneración de las normas europeas de competencia.

El mismo problema de la exclusividad se aborda en Estados Unidos mediante la promulgación de la *Music Online Competition Act* en 2001. La sección 4 de la Ley establece que

«si el propietario de los derechos de propiedad intelectual de una grabación concede la licencia de explotación a una entidad para su distribución al público o para la venta de un disco, el propietario deberá ofrecer la misma licencia en condiciones no menos favorables a otras entidades que presten servicios similares».

De esta manera, la norma intenta suplir las lagunas que presenta el Derecho de la competencia en esta materia. Las licencias exclusivas en materia de propiedad pueden dar lugar a barreras de entrada en el sector de la música *online* y el fin de la exclusividad evitar la práctica de conductas paralelas mediante la concesión recíproca de licencias que hagan evolucionar el mercado hacia estructuras oligopolísticas. La experiencia americana debería tomarse en consideración por las autoridades europeas de defensa de la competencia.

7. RECAPITULACIÓN

Los mercados no pueden ni deben efectuar nuestras decisiones en materia de consumos culturales. El mercado no es un mecanismo adecuado de control de la calidad de la producción cultural. La política cultural debe, en cambio, tener en cuenta la necesidad de mantener la diversidad y pluralidad de la oferta y garantizar así el acceso de los ciudadanos. En

³⁹ Ver, para el caso español, C. PADRÓS REIG, «Derechos colectivos de propiedad intelectual y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia* 2000.

este aspecto, los mercados juegan un papel relevante y el Derecho de la competencia supone un instrumento de intervención fenomenal.

En el mismo sentido, y en el debate sobre el comercio internacional, el dilema entre libre circulación de productos culturales y preservación de la identidad nacional (excepción cultural) puede resolverse con la aplicación del Derecho de la competencia. La persecución de prácticas contrarias a la competencia puede devolver un mayor grado de pluralidad a la oferta cultural sin recurrir al nacionalismo cultural y el proteccionismo consiguiente. En definitiva, una libre competencia genuina puede ser un instrumento muy eficaz para materializar el concepto de la diversidad cultural.

Ello supone, seguramente, modificar las tradicionales técnicas de fomento público de la cultura basadas en la subvención del producto o la imposición de cuotas por mecanismos que no alteren la competencia y aumenten la competitividad de la industria. Una mayor fortaleza en este aspecto constituye la mejor garantía de diversidad cultural.

A pesar de la debilidad de la formulación jurídica del Derecho comunitario con respecto a la cultura, existe una cláusula transversal que obliga a las distintas políticas a tener en cuenta los aspectos culturales que puedan derivarse de sus acciones (o inacciones añadimos nosotros). La política comunitaria de defensa de la competencia no queda al margen de esta obligación.

La aplicación práctica de esta cláusula transversal es algo decepcionante si consideramos la escasa atención de la política de defensa de la competencia en casos tan significativos como la fijación de precios en el sector editorial, los acuerdos de integración vertical en la distribución cinematográfica o la gestión de los derechos colectivos de propiedad intelectual. En todos estos casos, las prácticas anticompetitivas, lejos de demostrar un efecto beneficioso para la cultura, protegen los grandes grupos en detrimento de la diversidad y el acceso de los ciudadanos.

La especialidad económica de las industrias culturales debe proyectarse sobre los métodos de intervención y regulación de los mercados. En este sentido, el Derecho de la competencia puede convertirse en un instrumento importante de una política cultural enfocada a garantizar la diversidad de manifestaciones culturales, a través tanto del examen de las concentraciones como de la vigilancia y sanción de prácticas restrictivas dudosamente fomentadoras de la diversidad cultural.

En el sector editorial se constata la existencia de una restricción vertical entre editores y distribuidores en la forma de fijación de los precios de venta de los libros. Esta práctica ha sido recientemente amparada por la Resolución del Consejo de 12 de febrero de 2001. La restricción vertical, de por sí ya cuestionable, se acompaña con un creciente proceso de concentración editorial, lo que desemboca en la actualidad en una doble barrera de entrada al sector.

En estrecha relación con lo anterior, las industrias culturales experimentan en los últimos tiempos un notable proceso de concentración debido a la necesidad de reducción de riesgos y control del mercado. En este sentido, la diversificación empresarial hace aumentar la incertidumbre económica, a pesar de que constituye un pilar esencial de la diversidad cultural. Las concentraciones (especialmente en el sector de los contenidos) no son especialmente preocupantes si no van unidas a un control de los mecanismos de acceso al mercado.

Finalmente, la distribución de los contenidos culturales presenta numerosos ejemplos de prácticas restrictivas que reclaman una mayor atención de las autoridades de defensa de la competencia. Es cierto que el sector de las industrias culturales debe ser tratado de forma específica en cuanto a la regulación de su mercado. Sin embargo, ello comporta en muchos casos la necesidad de aplicación de normas de competencia más vigorosamente si cabe que en el resto de actividades económicas.

