

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO PRIMERO. EL SECTOR AUDIOVISUAL EN LA UNIÓN EUROPEA: INTERVENCIÓN PÚBLICA Y LIBRE COMPETENCIA	23
I. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO AL SEC- TOR AUDIOVISUAL.....	24
II. LA RADIODIFUSIÓN COMO LIBRE PRESTACIÓN DE SERVI- CIOS. LA RADIO Y TELEVISIÓN Y LAS LIBERTADES COMUNITARIAS.....	29
III. LA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SEC- TOR AUDIOVISUAL.....	41
1. La regulación de los servicios de interés general en la Unión Europea.....	41
2. La configuración de la radiodifusión como actividad de interés general	47
3. La tendencia hacia liberalización y la apertura del sector audio- visual a la libre competencia	52
IV. COMPATIBILIDAD DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO CON LAS NORMAS SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL TRATADO. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA LIBRE COMPETENCIA AL SECTOR AUDIOVISUAL	54

1. La excepción del art. 86.2: servicios de interés general y monopolios fiscales	55
CAPÍTULO SEGUNDO. EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIO Y TELEVISIÓN EN NUESTRO PAIS Y LIBRE COMPETENCIA...	59
I. LA CONFIGURACIÓN DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO EN ESPAÑA	59
1. Definición del sector audiovisual	61
2. Fuentes normativas reguladoras del sector audiovisual	63
3. La posición de la doctrina ante la declaración de la radio y televisión como servicio público.....	81
A. Doctrina a favor de la declaración como servicio público de toda la actividad audiovisual.....	82
B. Doctrina que critica la declaración como servicio público de toda la actividad audiovisual.....	85
4. Jurisprudencia sobre la configuración de la radio y televisión como servicio público	92
A. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	92
B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo	100
II. LA RADIO Y LA TELEVISIÓN COMO SERVICIOS PÚBLICOS...	103
1. El servicio público en el sector audiovisual: la televisión.....	104
A. El servicio público de televisión en la actualidad en España.	104
a) Debilitamiento de las razones que en su momento justificaron la declaración unitaria de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal..	104
b) La aparente crisis del concepto tradicional de servicio público: tendencias hacia la liberalización.....	114
B. Principales problemas que plantea la regulación de la actividad televisiva en nuestro país en el momento actual.....	117
a) Ausencia de definición del contenido del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico.....	117
b) Contradicciones derivadas de la configuración unitaria de la actividad televisiva en su conjunto como servicio público esencial de titularidad estatal.....	118
b.1) Problemática derivada de la diferente financiación de las televisiones públicas y privadas, y la ausencia de distinción entre la actividad de ambas en razón al servicio público que prestan..	118
b.2) Ruptura de la configuración unitaria: la televisión por satélite y por cable	120
b.3) Competencias asumidas por algunas CCAA en sus Estatutos de Autonomía. para crear, regular y mantener su propia televisión.....	121

c)	La problemática que plantea la televisión local	122
C.	Televisión privada, televisión pública y libre competencia ..	125
a)	Necesidad de una televisión pública	125
a.1)	Doctrina.....	126
a.2)	Textos de la Unión Europea.....	129
b)	Ausencia de rasgos distintivos de la televisión pública que justifiquen su existencia y su financiación privilegiada	131
c)	La actividad de las televisiones públicas y privadas ..	139
c.1)	Consecuencia de la calificación de la actividad como servicio público: igualdad de obligaciones de servicio público entre las televisiones públicas y privadas	139
c.2)	Competencia entre la televisión pública y privada	146
2.	El servicio público en el sector audiovisual: la radiodifusión sonora	153
III.	EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DE RADIO Y TELEVISIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y RESTRICCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA	158
1.	¿En qué consiste el servicio público de radio y televisión?	158
A.	Servicio público: características y consecuencias derivadas de la calificación de una actividad como tal	159
B.	La radio y la televisión como servicio público.....	163
2.	Contenido del servicio público de radio y televisión	167
A.	Definición del servicio público de radio y televisión.....	167
a)	Ausencia de definición hasta la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Sociales, Administrativas y de Orden Social	167
b)	La definición de la función de servicio público de RTVE que introduce la Disposición Adicional Decimosexte de la Ley 24/2001	169
c)	El Informe elaborado por el Consejo para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado	171
d)	La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal	173
B.	Objetivo del servicio público de la radio y la televisión	176
C.	La programación.....	177

3.	Criticas al servicio público de radio y televisión. Necesidad de redefinir el modelo	182
A.	Doctrina que defiende que toda la actividad audiovisual sea de servicio público, atribuyendo funciones de servicio público específicas a la radio y televisión pública	183
B.	Doctrina que defiende que sólo los medios públicos de radiodifusión realicen funciones de servicio público	185
C.	Conclusión	188

CAPÍTULO TERCERO. FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE RADIO Y TELEVISIÓN Y LIBRE COMPETENCIA

I.	LAS AYUDAS PÚBLICAS QUE RECIBEN LAS TELEVISIONES PÚBLICAS: EL CONTROL DE LOS POSIBLES ABUSOS DE LAS TELEVISIONES PÚBLICAS	191
1.	La financiación de las televisiones públicas y privadas en España	193
2.	La financiación pública de las televisiones públicas y el Derecho Europeo de la competencia.....	203
A.	El art. 87.1 TCE.....	204
B.	El art. 86.2 TCE.....	214
C.	El problema de la compatibilidad de la financiación pública que reciben las televisiones y el Derecho Europeo de la competencia.....	222
3.	La Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión de 11 de noviembre de 2001.....	224
A.	La incidencia de la Comunicación de la Comisión en España.....	229
a)	La modificación de la Ley 4/80 por la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 24/2001	229
a.1)	Contenido de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 24/2001	231
—	Modificación de la Ley 4/80	231
•	Modificación del art. 2.3 del ERTVE	231
•	Modificación del art. 5.1 del ERTVE	232
•	Modificación del art. 26 del ERTVE	237
—	Cumplimiento de las exigencias de la Comisión .	241
•	Establecimiento de una definición oficial de la misión de servicio público.....	241
•	Atribución de la misión de servicio pública a una o varias empresas en base a un instrumento oficial....	244

- Existencia de autoridad competente u organismo designado al efecto que controle que la misión de servicio público se presta efectivamente 245
- Cumplimiento del criterio de proporcionalidad..... 246
- a.2) Repercusiones en el status de la radiodifusión en España 248
 - Consecuencias derivadas de que, salvo RTVE, ninguna otra radio o televisión tenga atribuida la función de servicio público..... 251
 - Incidencia de la Disposición Adicional en la Ley 46/88 del Tercer Canal y en las leyes autonómicas sobre televisión 253
- a.3) Conclusión 255
- b) El sistema de financiación de las radiotelevisiónes públicas propuesto en el Informe del Consejo para la reforma de los medios de titularidad del Estado creado por el Real Decreto 744/2004, de 23 de abril..... 259
- c) La Disposición Adicional Trigésimo quinta de la Ley de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de los Presupuestos Generales del Estado para el 2006 268
- d) El modelo de financiación establecido en la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal 270
- II. LAS AYUDAS PÚBLICAS A LA RADIO 274
- III. LA NECESARIA REFORMA DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL SECTOR AUDIOVISUAL..... 276
- BIBLIOGRAFÍA** 285

PRÓLOGO

En los últimos años el sector audiovisual español ha alcanzado unas proporciones muy estimables, fruto del crecimiento sostenido de la economía española durante las últimas décadas y de la incorporación al mismo de constantes innovaciones tecnológicas. Baste recordar que en 2006 se han cumplido 50 años desde las primeras emisiones de Radio Televisión Española que monopolizó la actividad audiovisual durante más de dos décadas, y que hasta principios de este siglo ha tenido una posición hegemónica en el sector. La politización del sector audiovisual español, ininterrumpida a lo largo de su corta historia, ha sido la causa principal, aunque no la única, de los desajustes entre la normativa del audiovisual y las exigencias de una democracia avanzada. Así, se retrasó premeditadamente la aparición de las televisiones privadas de ámbito estatal y de las televisiones públicas autonómicas, para evitar la competencia de unas y otras con la RTVE manejada por el gobierno; la televisión local nació, tardíamente, al margen de la ley, debido a la resistencia del gobierno a regularla, lo que sólo tuvo lugar como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y, con lentitud inexplicable, se han ido incorporando las tecnologías del cable, del satélite y de la digitalización de la señal, que sigue siendo una asignatura pendiente en nuestros días. Pero, pese a todas las vicisitudes por las que ha atravesado el sector audiovisual en la España constitucional, el sector que ahora conocemos se parece bien poco al de hace tan sólo una década. Se están cumpliendo con creces las previsiones de los que imaginábamos un sector audiovisual español caracterizado por la abundancia (de operadores y de tecnología) que permitiría superar algunos de los problemas que aquejaban al sector.

Esperábamos, entre otras cosas, que la abundancia audiovisual pusiera fin al oligopolio televisivo de los últimos años y a la posición

dominante de la televisión pública, así como la apertura del sector a técnicas diferentes a la del servicio público. Previsiones que se están cumpliendo, aunque a un ritmo más lento que el deseable y de un modo desordenado que parece responder más a la conveniencia política de unos y otros que a las exigencias que demanda nuestra sociedad. Así, entre otras, recientemente se ha afrontado la reforma del sector audiovisual de titularidad estatal mediante la Ley 17/2006, de 5 de junio, con la intención, aparente, de desgubernamentalizarla y de lograr su mayor eficacia en todos los órdenes; habrá que esperar al efectivo funcionamiento de la Ley para verificar el cumplimiento de dichos objetivos. En todo caso, soy de los que piensa que el fracaso de la RTVE no tiene su causa en la Ley 4/1980 sino en la constante interferencia de los sucesivos gobiernos en su funcionamiento, y en la politización y consiguiente parlamentarización de sus órganos rectores. De manera que de nada servirá la Ley 17/2006 si no cambia radicalmente la posición de los sucesivos gobiernos en relación con la televisión pública. Porque esa nueva posición neutral de los gobiernos, que postula la citada Ley, no pueden garantizarla las normas; es una cuestión de cultura democrática que escasea en nuestras latitudes. Sin embargo, pese a las reformas parciales de la legislación audiovisual, sigue pendiente una ley general del audiovisual que ponga fin a la situación actual, que conforma un panorama caótico en que las lagunas y contradicciones no han hecho sino incrementarse con los años. No obstante, puede vaticinarse que se avecina la quiebra definitiva del modelo vigente que concibe al audiovisual como un servicio público salvo excepciones (satélite y cable), que dará paso a un modelo en que será excepcional la configuración del servicio audiovisual como servicio público (el de las radiotelevisiónes públicas), y en que la norma general será el acceso a las actividades audiovisuales mediante autorización, cuando no se permita el acceso libre a la actividad, aunque todos los operadores, sea cual sea el modo de acceso a la actividad, deberán cumplir una serie de obligaciones de servicio público.

Pero, la proliferación de operadores públicos y privados, liquidando una era de escasez, y numerosos problemas derivados de la misma, lejos de conducir a un remanso de paz audiovisual llevará a todo lo contrario, a la abundancia de conflictos que exige replantearse los viejos problemas y, sobre todo, afrontar los nuevos problemas; que probablemente son de mayor trascendencia que sus precedentes. Pues, resulta evidente que, en el sector audiovisual, como sucede en los sectores capaces de generar cuantiosos beneficios de presente y de futuro, todos operadores pretenden ampliar su cuota de mercado reduciendo la de los demás por todos los medios posibles. De manera que en este como en otros sectores se produce, y se producirá de modo más acusado en el futuro inmediato, una confrontación radical de los objetivos de los empresarios singulares, que persiguen situaciones de oligopolio e

incluso de monopolio, con los objetivos de la sociedad en su conjunto que aspira a un mercado competitivo en que se satisfagan mejor sus necesidades de información, educación, ocio, etc. Aparentemente, nada diferenciaría el sector audiovisual de cualquier otro sector de la economía. Pero, se trata de una mera apariencia. En efecto, a los problemas ordinarios que para la competencia suponen las concentraciones, fusiones, asociaciones y demás modalidades de acuerdos entre empresas, con objeto de reducir la competencia, se añade en el sector audiovisual, la circunstancia de que sus operadores gestionan la realización de algunos de los derechos fundamentales y libertades públicas más significativos de los sistemas políticos democráticos. De manera que no se puede afrontar la problemática de la competencia en el sector audiovisual sin tener en cuenta la singularidad de su objeto, que no tiene parangón en ningún otro sector empresarial.

Precisamente, en el libro de Sara MEDINA, que el lector tiene en sus manos (que es una apretada síntesis de su esplendida tesis doctoral; así lo corroboraron unánimemente los cinco miembros de la comisión que juzgó su trabajo), concurre el mérito de haber puesto en relación los problemas de la competencia en el sector audiovisual con los derechos fundamentales y libertades públicas concernidos en el ejercicio de dicha actividad. Este planteamiento es del todo original, pues hasta la fecha contábamos con trabajos que abordaban los problemas de competencia en el sector audiovisual, y con trabajos sobre los derechos fundamentales en el sector, sin conexión entre ambos temas. Y el resultado de ese inédito planteamiento, junto al rigor y la exhaustividad del análisis de la legislación, la jurisprudencia y la bibliografía concernidas, le ha permitido a la autora alumbrar un conjunto de conclusiones que me atrevo a afirmar que marcarán las pautas que las Administraciones públicas seguirán en los próximos años en esta materia.

Sara MEDINA forma parte de una nueva generación de investigadores que se anticipan a la implantación de los criterios de Bolonia. En efecto, Sara MEDINA estudió la licenciatura de Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha y tras finalizarla, en vez de seguir por inercia sus estudios de tercer ciclo en dicha universidad, como sucede por lo general, analizó la amplia oferta de programas de doctorado de las universidades españolas con la finalidad de elegir el que se ajustaba mejor a sus pretensiones de especialización; sin temor a asumir los riesgos y dificultades de tener que cambiar de universidad. Esa es la razón de que eligiera el programa de tercer ciclo del Departamento de Derecho Administrativo de la UNED que le ofrecía la posibilidad de profundizar en el estudio del audiovisual.

La búsqueda de la excelencia es, por encima de otros factores de conveniencia u oportunidad, sin duda, uno de los objetivos de Bolonia que sería conveniente proliferara entre los jóvenes investigadores que

debieran considerar a todas las universidades españolas, en el conjunto de las de la Unión Europea, como candidatas para la realización de sus estudios de doctorado. Bien es cierto que el mencionado objetivo boloñés de la excelencia exige la financiación pública de los estudios de doctorado, asunto éste que sigue siendo el talón de Aquiles de los sucesivos gobiernos españoles que siguen destinando a estos menesteres porcentajes del PIB que no alcanzan el cincuenta por ciento de la media de los Estados de la Unión Europea. No es por ello extraño que la escasez de recursos públicos dedicados a la investigación alcanzará a Sara MEDINA que, sin embargo, lejos de arredrarse, se financió su formación investigadora mediante el ejercicio de la abogacía. Y, sin embargo, la duplicación de sus esfuerzos no sólo no le impidió cumplir todos los requerimientos del muy exigente programa de tercer ciclo del Departamento de Derecho Administrativo de la UNED, sino que culminó dicho programa con la calificación más brillante de su promoción.

Pero, al margen de las vicisitudes del proyecto iniciado hace ya más de cinco años por la doctora MEDINA, que he tenido el honor de dirigir, lo relevante es que lo ha culminado con gran brillantez en una muy relevante tesis doctoral de la que este libro es una muestra significativa.

No sería bueno para la universidad desaprovechar jóvenes investigadores como Sara MEDINA, y aunque no estoy seguro de que lo mejor para ella sea incorporarse a la universidad le animo a que lo haga, porque de lo que estoy seguro es que no podemos permitirnos el dispendio de no contar en la universidad española con las mejores cabezas.

Montornes, agosto de 2006

Enrique LINDE PANIAGUA

INTRODUCCIÓN

El sector audiovisual presenta unas características propias y particulares que lo distinguen de otros sectores económicos, ya que incide directamente en el ejercicio de derechos fundamentales. Además, tienen una enorme repercusión desde el punto de vista cultural y social, al jugar un importante papel en orden al impulso y promoción de la cultura, y en la defensa de la democracia.

El sector audiovisual es, ante todo, un sector de comunicación social, un sector en el que se transmiten informaciones y opiniones a los ciudadanos.

En este punto es necesario detenerse para hacer hincapié en la trascendencia de los medios audiovisuales como vehículos de difusión, al ejercer una notable influencia en la sociedad y contribuir directamente a la formación de la opinión pública libre. Estos medios cobran hoy día una importancia capital, al haberse convertido en los medios de comunicación más importantes, entrando a formar parte en la vida cotidiana de todos, y teniendo una gran relevancia desde el punto de vista cultural y político. El lenguaje audiovisual es de fácil comprensión y permite la inmediatez de la comunicación, lo que hace que estos medios se hayan convertido en los más utilizados, superando otros medios tradicionales como la prensa escrita. Además, a través de estos medios se ejercen los

* El presente libro tiene su origen en la tesis doctoral que, bajo el título *El Derecho de la Competencia en el sector audiovisual español*, fue elaborada por la autora en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y defendida en su Facultad de Derecho el 30 de marzo de 2006. Quisiera agradecer la dirección y el estímulo que para ello obtuve del Prof. E. LINDE PANIAGUA. Extender igualmente mi reconocimiento y gratitud al Prof. R. PARADA VÁZQUEZ, que presidió el Tribunal que la juzgó —integrado, asimismo, por los Profesores E. GÓMEZ-REINO, J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. VIDAL BELTRÁN y J. J. MONTERO PASCUAL— y que otorgó a la tesis, por unanimidad, la máxima calificación de *Sobresaliente cum laude*.

derechos fundamentales reconocidos en el art. 20.1 CE, de libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, y el derecho a comunicar y recibir información veraz, que resultan esenciales para la preservación de todos y cada uno de los principios básicos en los que se sustenta la sociedad democrática.

En este sentido, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa de 20 de septiembre de 2000¹, pone de manifiesto el importante papel que desempeñan los medios de radiodifusión en el funcionamiento de las sociedades democráticas modernas, en especial en el desarrollo y transmisión de valores sociales. Esto ha motivado que el sector de la radiodifusión, desde su inicio, haya sido objeto de una reglamentación específica en aras al interés general basada en valores comunes tales como la libertad de expresión y el derecho de réplica, el pluralismo, la protección de los derechos de autor, la promoción de la diversidad cultural y lingüística, la protección de los menores y de la dignidad humana y de los consumidores

Dada la relevancia política y social del sector audiovisual, y su íntima relación y conexión con el ejercicio de libertades, derechos fundamentales y valores constitucionales, tales como la libertad de expresión y de información, así como con la libertad de comunicación activa, resulta necesaria la intervención pública como garantía del interés general, materializado en la necesidad de salvaguardar la objetividad y la veracidad de la información, y de proteger el derecho de los ciudadanos a recibir una información que reúna tales cualidades, y que sea ajustada a la realidad de los hechos.

Así mismo, los poderes públicos deben velar por el respeto al pluralismo, garantizando el acceso a la información de todos los sectores, así como la presencia en los medios de todas las corrientes de información y opinión, y de todas las corrientes sociales, culturales, políticas, religiosas y filosóficas, asegurando así la satisfacción de las necesidades de determinados grupos minoritarios que de otra forma no tendrían acceso a los medios y se verían desprotegidos.

Además, los poderes públicos deben intervenir por la necesidad de asegurar y garantizar que la libre competencia sea efectiva, y que la actividad de las empresas sea prestada en condiciones de libertad e igualdad, así como previniendo y, en su caso, reprimiendo, las prácticas que pueden producir falseamientos a la libre competencia que puedan perjudicar a los consumidores.

Estamos ante un sector especialmente sensible a la aplicación de las normas de la libre competencia, en el que resulta de gran trascendencia la existencia y vigencia de un sistema en el que este régimen

¹ Comunicación de la Comisión COM (2000) 582 final, de 20 de septiembre de 2000.

de competencia efectiva funcione, ya que sólo de este modo se puede garantizar un auténtico pluralismo, al que la competencia va indisolublemente unido, que asegure una pluralidad de fuentes de información y opinión, de manera que estas informaciones y opiniones puedan ser contrastadas por los ciudadanos, para formarse su propia opinión, lo que es consustancial con los sistemas democráticos. La existencia de un verdadero pluralismo en los medios de comunicación social sólo se puede lograr cuando se dé una competencia efectiva que contribuya a la producción de una variedad de programas en los que se viertan con libertad opiniones diversas de distintos sectores sociales. Esto es, se trata de evitar que la restricción en el número de operadores impida el acceso a los medios controlados por estos operadores de los grupos sociales, políticos, religiosos, culturales o filosóficos que disienten o mantienen posturas distintas o contradictorias con las sostenidas por los grupos que controlan los medios de comunicación, que tienen la tendencia natural a presentar sólo aquello que favorece a sus intereses.

Si existen restricciones a la libre competencia resulta muy difícil que pueda asegurarse y garantizarse la objetividad y la imparcialidad de la información. En los supuestos en los que no existe una pluralidad de fuentes, resulta prácticamente imposible que la información sea exacta, objetiva e imparcial, ya que al haber uno o pocos operadores con unos intereses propios, particulares y muy marcados, tanto desde el punto de vista político como desde el económico, éstos tratan de dar y presentar la información conforme a sus propios intereses, por lo que en estas circunstancias no se puede garantizar la exactitud, objetividad e imparcialidad en la información.

La eliminación o las restricciones de la libre competencia en el sector audiovisual, y consecuentemente de la libre iniciativa privada en la actividad, trae consigo unas consecuencias negativas, como son la utilización de la radio o de la televisión como medio o instrumento al servicio de un determinado partido político o de una determinada ideología o un determinado grupo, que transmitiría los hechos favorables a sus intereses, silenciando otros, y presentándolos desde su punto de vista, sin posibilidad de contraste, lo que supondría una disminución de la libertad de información. Además, de esta forma sería relativamente fácil impedir el acceso a los medios a las minorías culturales, religiosas, lingüísticas, ideológicas, privándoles en la práctica de su derecho a la libertad de expresión y comunicación.

Además, ha de asegurarse la independencia política, puesto que las libertades de expresión y de información requieren esta independencia para poder tener plena virtualidad y eficacia. Para que ello pueda lograrse, es necesaria la plena aplicación de las normas de la libre competencia, y la vigencia de un sistema de libre mercado en el que todos

los operadores actúen en igualdad de condiciones, y aparezcan sometidos a las mismas normas.

Es necesario, por ello, que la aplicación de las normas de la competencia contribuya a remover los obstáculos que distorsionan el mercado, ya provengan de los poderes públicos o de las empresas privadas, con el fin de facilitar y permitir la existencia de una pluralidad de medios audiovisuales y garantizar y proteger así el interés general.

No obstante, aunque la aplicación de las normas del mercado y de la competencia al sector audiovisual resulten de gran importancia en aras a la consecución de un auténtico pluralismo y la garantía de la participación de los ciudadanos en los medios de difusión de la opinión y de la información, en muchos casos, la aplicación de estas normas, por sí solas, no van a ser suficientes para garantizar el pluralismo, y una diversidad de opiniones e informaciones, por lo que es necesaria la intervención pública para garantizar el interés general.

Todo lo anterior ha provocado, desde siempre, una intensa intervención pública en el sector audiovisual.

Así, en la UE la actividad audiovisual es considerada de interés general, manteniendo las Instituciones Comunitarias la concepción de los medios de radiodifusión como servicio público, que en muchos casos se identifica con la radiodifusión pública. A su vez, se permiten las ayudas públicas a las televisiones públicas y se establecen las condiciones de legitimidad de estas ayudas, para que con ellas no se vea restringida la libre competencia.

En España, la intervención pública en el sector audiovisual actualmente se sustenta en la calificación de la actividad audiovisual como servicio público (a excepción del cable y del satélite)².

² Como veremos, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal (*BOE* num. 134, de 6 de junio de 2006) califica expresamente los servicios de radio y televisión de titularidad estatal como servicio público, derogando expresamente el ERTV en el que aparecía configurada en general la radio y televisión como servicio público esencial de titularidad estatal, manteniendo su aplicación únicamente a los efectos previstos en la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión y en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (Disposición Derogatoria Única).

De este modo, no hay dudas de que estas normas se siguen basando en la configuración de la radio y televisión como servicio público esencial de titularidad estatal contenida en la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y la Televisión.

Más problemático resulta determinar si, tras la entrada en vigor de la Ley de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, sigue siendo extensible el carácter de servicio público al resto de servicios de radio y televisión sobre los que dicha Ley no se pronuncia. No obstante, puesto que se mantienen en vigor el resto de normas reguladoras de la radiodifusión sonora y la televisión, y que todas ellas (con excepción de las que transmiten a través de cable o de satélite) se concibieron sobre la concepción de la radio y la televisión como servicios públicos, y se basan en el sistema concesional como requisito indispensable para el ejercicio de la actividad, parece deducirse que (salvo para el cable y el satélite) la radio y la televisión siguen siendo servicios públicos.

La regulación de la televisión desde sus orígenes ha estado guiada por la defensa de los intereses públicos, lo que llevó en un primer momento a configurarla casi en la totalidad de los Estados como un monopolio de titularidad estatal, pasando posteriormente a una mayor o menor liberalización, pero manteniendo la legitimidad de ciertas restricciones por razones de interés general.

La configuración de la radio y la televisión como servicio público, supone, de hecho, unas limitaciones y restricciones a la libre competencia, una alteración de sus reglas, al restringir la libertad de creación de empresas audiovisuales supeditándolas a la previa obtención de concesión administrativa, y limitar así el número de operadores que pueden actuar en el sector, que no van a poder invocar y ejercitar libremente su derecho constitucional a la libertad de empresa, y ejercer la actividad en condiciones de plena libertad, lo que no significa que se excluya toda competencia.

En el sector audiovisual, regido hasta estos momentos por su configuración como servicio público y dominado, hasta ahora, por la idea de escasez del espectro radioeléctrico que determinaba esta calificación y la eliminación de la competencia, al entender que era la única forma de protección del interés general, se está produciendo un proceso liberalizador, con la paulatina introducción y aplicación de la normativa sobre la libre competencia. De un primer momento, caracterizado por la vigencia de los monopolios públicos y la total exclusión de las normas de la competencia, se pasó a la tímida apertura al mercado con la entrada de tres operadores privados, hasta llegar al momento actual, en el que se tiende a abrir el mercado a otros operadores. Esta tendencia se refleja en medidas como la despublicación de algunas modalidades de televisión (como las televisiones por cable y por satélite) y, recientemente, en la eliminación de la limitación contenida en el art. 4 de la Ley 10/1988 en el número de concesiones que se podían otorgar para la gestión indirecta del servicio público de televisión³.

De este modo, cada vez más, gracias entre otras razones a la innovación tecnológica, y una atenuación de la rigidez en la aplicación del concepto de servicio público, van entrando en el sector audiovisual un creciente número de operadores, lo que supone que al realizar una actividad comercial, y buscar como prioridad la obtención de beneficios económicos, entren en competencia unos con otros. Por ello, el que la competencia en el sector no resulte falseada va a ser fundamental para el desarrollo de la propia industria audiovisual, el beneficio de los consumidores, la garantía de la libertad de expresión y comunicación, la

³ Vid. artículo segundo de la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable, y de Fomento del Pluralismo (BOE num. 142, de 15 de junio de 2005).

conformación de una opinión pública libre y plural, con respeto para las minorías, y, en suma, para el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

En los últimos años asistimos a un espectacular desarrollo tecnológico, que incide directamente en el sector audiovisual, produciendo muchos cambios en el mismo. Así, aparecen nuevas formas de difusión y retransmisión (satélite, Cable, TDT) como consecuencia de las cuales el número de canales se ve incrementado notablemente. Este desarrollo afecta directamente al mercado, ya que el aumento en el número de canales conlleva a una fragmentación de la audiencia y su disminución en cada uno de ellos, y consecuentemente, una disminución o reducción en el montante de los ingresos, ligados en gran medida al mercado de la publicidad.

Además, estos cambios hacen que se pase de un sistema en el que existía un número limitado de operadores, a un sistema en el que éstos se multiplican y en el que todos ellos van a competir en el mercado para conseguir la obtención de la máxima audiencia, y consecuentemente, los máximos ingresos.

Debe tenerse en cuenta que a pesar de este desarrollo, en nuestro país, hasta este momento, la normativa reguladora del sector audiovisual sigue configurando, en general, la actividad de radiodifusión y televisión como servicio público (con la excepción de la radiodifusión por cable y por satélite),

Ni siquiera los cambios realizados por La Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, ni los contenidos en la Ley de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal, alteran esta concepción de la radio y televisión como servicio público.

Así, aunque la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal ha derogado expresamente el ERTV (en el que se configuraba la radio y televisión en general como servicio público esencial de titularidad estatal), manteniendo su aplicación únicamente a los efectos previstos en la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión y en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (Disposición Derogatoria Única), en mi opinión, ha de entenderse que los servicios de radio y televisión (excepto el cable y el satélite) siguen conservando el carácter de servicio público. En primer lugar, porque las televisiones privadas y los terceros canales (para los que sigue siendo de aplicación el ERTV), siguen gestionando el servicio público esencial de titularidad estatal al que hace mención el art. 1.2 del ERTV. En segundo lugar, porque la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal no se pronuncia expresa-

mente sobre el resto de normas reguladoras de los servicios de radio y televisión que con el ERTV tenían carácter de servicio público, lo que provoca una grave inseguridad jurídica. Puesto que todas ellas (con excepción de las que transmiten a través de cable o de satélite) se concibieron sobre la concepción de la radio y la televisión como servicios públicos, y se basan en el sistema concesional como requisito indispensable para el ejercicio de la actividad, parece que no tiene mucho sentido entender que han sido derogadas, máxime cuando esto provocaría un vacío legal respecto a la regulación de estos servicios. Por ello, mantengo que pese a la deficiente técnica jurídica utilizada por el legislador en la disposición en cuestión, ha de entenderse que los servicios de radio y televisión (salvo los de cable y satélite) mantienen su carácter de servicio público. Por último, porque la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, se refiere expresamente al carácter de servicio público de los servicios de radio y televisión de titularidad estatal.

Una importante cuestión derivada de la configuración actual del sector audiovisual está en encontrar el límite entre el derecho a la libertad de empresa y el mercado competitivo y la intervención del Estado en sectores como el audiovisual, esto es, donde por estar implicados una serie de derechos fundamentales parece que puede resultar aconsejable y necesario mantener una intervención de los poderes públicos, ya sea mediante la fórmula del servicio público o la del servicio universal, o bien imponiendo a los operadores privados determinadas obligaciones de servicio público.

En el presente trabajo se analizan los problemas que plantea la fuerte intervención administrativa existente en el sector y su compatibilidad con el Derecho de la competencia, examinando de manera particular las ayudas públicas que reciben los organismos públicos de radiodifusión.

Para realizar este análisis, comenzaremos por estudiar la situación del sector audiovisual en la Unión Europea, la intervención pública en el mismo y su compatibilidad con el Derecho de la competencia. A continuación, se analizará el panorama audiovisual que encontramos en estos momentos en España, la normativa reguladora del sector, y la problemática específica que presenta la intervención pública que existe en el mismo, teniendo en cuenta los avances de la técnica, y la necesidad de adaptación a ellos. Por último, se estudia de manera particular la problemática que plantea la financiación pública que reciben los organismos públicos de radio y televisión desde la óptica del Derecho de la competencia.