

FINANCIACIÓN DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSIÓN Y DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA: EL CASO DE LA CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA¹

FUNDING PUBLIC BROADCASTING CORPORATIONS AND EUROPEAN COMPETITION LAW: THE CASE OF THE SPANISH BROADCASTING CORPORATION

SARA MEDINA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE LAS AYUDAS PÚBLICAS OTORGADAS A LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSIÓN PUEDAN SER COMPATIBLES CON EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA: 1. La Comunicación de la Comisión Europea de 15 de noviembre de 2001 sobre aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión. 2. La Comunicación de la Comisión Europea de 2 de julio de 2009 sobre aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión. III. EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA: 1. La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad de Estado. 2. La Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Española: 2.1. *Principales características del sistema de financiación establecido en la*

¹ Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “*Potestades administrativas y unidad de mercado: el control de las actividades económicas reguladas*” (DER2014-54264-R), correspondiente a la Convocatoria 2014, proyectos de I+D+I, del programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad.

Ley. 2.2. Compatibilidad del sistema de financiación establecido en la Ley 8/2009, con el derecho Europeo de la competencia. 2.3. La financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual en la Ley General de Comunicación Audiovisual. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de financiación de la Corporación Radiotelevisión Española y su compatibilidad con el Derecho Europeo de la Competencia, ha sido, y sigue siendo, un tema muy polémico que plantea innumerables cuestiones.

Hasta la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Radiotelevisión Española, el ente público recibía una doble financiación: ingresos públicos más ingresos comerciales procedentes, fundamentalmente, de la publicidad. El principal problema derivaba de que con la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión², toda la actividad audiovisual en su conjunto (con la excepción del cable y del satélite), aparecía configurada como un servicio público esencial de titularidad estatal y de que, pese a esta configuración unitaria, solo los operadores públicos recibían financiación pública.

El dilema se centraba en que estas ayudas públicas que se otorgan a los organismos públicos de radiodifusión se destinan a financiar no solo programas de servicio público, sino también los programas comerciales que emitían. Las ayudas públicas se unían así a los ingresos comerciales y se utilizaban ambos para financiar tanto los programas de servicio público como los programas comerciales, ofreciendo unos contenidos muy similares a los ofrecidos por las cadenas privadas. De esta manera, los operadores públicos se colocaban en una situación privilegiada respecto de las cadenas comerciales, que no recibían subvenciones públicas y cuya principal fuente de financiación eran los ingresos comerciales. Situación que planteaba muchas dudas desde el punto de vista de su compatibilidad con el Derecho de la Competencia, sobre todo desde la publicación de 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 2001³, en la que se fijaron los criterios para clarificar y resolver el problema de la compatibilidad de la financiación pública que recibían los organismos públicos de radiodifusión con el Derecho Europeo de la Competencia, y se establecieron los principios que debían seguirse

² Vigente hasta el 7 de junio de 2006

³ DOCE C 320/5, de 15 de noviembre de 2001.

en la aplicación de los artículos 87.1 y 86.2 TCE⁴ a los sistemas de financiación creados a favor de los servicios públicos de radiodifusión⁵.

Ante los problemas que planteaba la adecuación del sistema de financiación de los organismos públicos de radio y televisión en nuestro país al Derecho Europeo de la Competencia, las autoridades públicas llevaron a cabo varios intentos para adaptar este sistema a las directrices, orientaciones y tendencias marcadas en el seno de la Unión Europea. Así por ejemplo, tras la publicación de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión de 15 de noviembre de 2001, se procedió a modificar los arts. 2.3, 5.1 y 26 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de Radio y Televisión, por medio de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social⁶. Posteriormente, ante las múltiples cuestiones que seguía planteando la regulación de los medios públicos de comunicación y la persistencia de los problemas en torno a su financiación, se creó, en el año 2004, el Consejo para la Reforma de los Medios de Comunicación de Titularidad del Estado, con el fin de elaborar un Informe sobre el régimen jurídico, la programación y la financiación de los medios de comunicación de titularidad estatal. Dicho Informe fue aprobado el 4 de febrero de 2005.

Un año después se publicó la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal⁷ que, recogiendo las principales propuestas del Informe para la reforma de los medios de Comunicación de Titularidad del Estado al que nos acabamos de referir, pretendió dotar a la radio y televisión de titularidad estatal de un modelo de financiación que les permitiera cumplir su tarea de servicio público con eficacia, calidad y reconocimiento público, y en concordancia con los principios comunitarios de proporcionalidad y transparencia.

La gran transformación en el sistema de financiación llegó con la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Radiotelevisión Española, que instauró un sistema único de financiación basado en ingresos públicos, y terminó con la doble financiación del ente público al eliminar los ingresos por publicidad.

Por último, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, siguiendo las reglas establecidas por las instituciones europeas sobre la compatibilidad de la financiación de los servicios públicos de radiodifusión con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se ocupa de regular la financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual en su artículo 43⁸.

⁴ Actuales 107.1 y 106.2 del TFUE.

⁵ Sobre el contenido de esta Comunicación *vid.* PADRÓS REIG, C., “La definición comunitaria de ayuda de Estado por compensación de obligaciones de servicio público en el sector audiovisual de titularidad pública”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 21, 2007, pp. 13-26.

⁶ BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2001.

⁷ BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006.

⁸ Este artículo ha sido modificado por la Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de ges-

II. REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE LAS AYUDAS PÚBLICAS OTORGADAS A LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSIÓN PUEDAN SER COMPATIBLES CON EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

El problema de la compatibilidad de la financiación pública que reciben los organismos públicos de radiodifusión con las normas comunitarias sobre la competencia, ha sido abordado directamente por las instituciones comunitarias en diversos textos y documentos, intentando aportar soluciones al mismo⁹.

El Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados Miembros viene a legitimar la financiación pública del servicio público de radiodifusión, siempre que los organismos que lleven a cabo este servicio cumplan dos requisitos: que realicen la función de servicio público, la cual debe de haber sido definida por cada Estado miembro, y que esta financiación no sea contraria al interés común de la comunidad, perjudicando la libre competencia y las condiciones del comercio. En este sentido encontramos también la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 25 de enero de 1999, sobre el servicio público de radiodifusión¹⁰.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre la función de la televisión pública en una sociedad multimedia¹¹, de 19 de septiembre de 1996, reconoce que los Estados miembros pueden decidir libremente las modalidades de financiación de las cadenas públicas. Pide a la Comisión Europea que continúe considerando la financiación pública como legítima para las cadenas públicas en la medida en que estas deben respetar estrictamente sus obligaciones de servicio público. Y considera, finalmente, que la financiación pública de las cadenas públicas, no constituye ayuda estatal siempre que la financiación global, incluidos los ingresos procedentes de la publicidad y el patrocinio, sea proporcional a las obligaciones de la cadena pública.

tión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, al añadir un nuevo apartado 8.bis que impone una serie de obligaciones a los prestadores de titularidad pública del servicio de comunicación audiovisual de ámbito autonómico.

⁹ Esta cuestión también ha sido tratada en el seno de otros foros europeos. A este respecto, resulta referencia obligada el Informe emitido por Grupo de Alto Nivel de Política Audiovisual, presidido por Marcelino OREJA, Capítulo III “El papel de las autoridades públicas en los medios de comunicación”, de octubre de 1998. En él, se consideran los principios de proporcionalidad y transparencia como esenciales para aplicar al establecer un sistema de financiación de la radiodifusión de servicio público. Se pone de manifiesto cómo la financiación de servicio público de radiodifusión debe guardar proporción y no ir más allá de lo estrictamente necesario para cumplir la función de servicio público, y además se considera que debe existir transparencia, de manera que los Estados miembros deben definir de forma clara la misión de servicio público que confían a sus operadores, de manera que se garantice la transparencia financiera, y que cuando los operadores de servicio público se dediquen a actividades comerciales, se lleve una compatibilidad separada.

¹⁰ Diario oficial C 030 de 05/02/1999 p. 0001-0001

¹¹ A4-0243/96 (DOCE 320 de 28/10/1996).

Además, la Comunicación de la Comisión al Consejo, “*Principios y Directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital*” de 14 de diciembre de 1999¹², señala que para garantizar el futuro del sistema dual de radiodifusión televisiva europeo, que engloba a empresas de radiodifusión públicas y privadas, será necesario conciliar el papel que desempeñan las empresas de radiodifusión pública con una competencia leal y con el funcionamiento del libre mercado, de conformidad con el Protocolo nº 32 del Tratado sobre el sistema de radiodifusión pública.

Asimismo, la Comisión emitió la Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión de 15 de noviembre de 2001¹³, en la que se fijaron los criterios para clarificar y resolver el problema de la compatibilidad de la financiación pública que recibían los organismos públicos de radiodifusión con el Derecho Europeo de la Competencia, y se establecieron los principios que debían seguirse en la aplicación de los artículos 87.1 y 86.2 TCE a los sistemas de financiación creados a favor de los servicios públicos de radiodifusión¹⁴. Estos criterios, con algunas modificaciones, han permanecido en la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2009 sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, en la que, a la vista de los importantes cambios jurídicos que han tenido lugar desde 2001, y teniendo siempre en cuenta la intensa evolución tecnológica del sector audiovisual, se aclaran los principios seguidos por la Comisión en la aplicación de los arts. 87 y 86.2 del TCE a la financiación pública de los servicios audiovisuales en el sector de la radiodifusión¹⁵.

1. La Comunicación de la Comisión Europea de 15 de noviembre de 2001, sobre aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión

La Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2001 tiene una gran trascendencia, ya que en ella se establecen de forma clara los elementos que la Comisión Europea tendría en cuenta para valorar la compatibilidad de las ayudas otorgadas a los organismos públicos de radiodifusión con el Derecho Europeo de la competencia, en los supuestos en los que tuviera que pronunciarse sobre esta cuestión.

¹² COM (1999) 657 final.

¹³ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (2001/C 320/04). *DOCE* C320/5 de 15/11/01.

¹⁴ Sobre el contenido de esta Comunicación *vid.* PADRÓS REIG, C., “La definición comunitaria de ayuda de Estado por compensación de obligaciones de servicio público en el sector audiovisual de titularidad pública”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 21, 2007, pp. 13-26.

¹⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, G., en “Televisión pública. En especial la televisión estatal” *Derecho de la Regulación. V. Audiovisual*, Iustel, 2011, pp. 134-138, analiza el contenido de las Comunicaciones de la Comisión Europea de 2001 y de 2009 sobre la financiación estatal de los servicios públicos de radiodifusión.

Así, tras entender que la financiación pública que recibían los organismos públicos de radiodifusión, constituía una ayuda estatal prohibida por el art. 87.1 TCE, la Comisión consideró aplicables a este sector, los requisitos y condiciones que venían siendo exigidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con carácter general en su jurisprudencia, para que una medida pudiera beneficiarse de la excepción contenida en el art. 86.2 TCE: que el servicio en cuestión fuera un servicio de interés económico general y estuviera definido claramente como tal por el Estado miembro; que la empresa en cuestión estuviera encargada explícitamente por el Estado miembro del suministro de dicho servicio; que la aplicación de las normas de competencia del tratado (la prohibición de ayudas) obstaculizara el cumplimiento de las tareas específicas asignadas a la empresa; y que la excepción a dichas normas no afectase al desarrollo de los intercambios de forma contraria al interés de la Comunidad (proporcionalidad).

En cuanto al primero de estos requisitos (definición), se consideraba necesario que los Estados miembros establecieran una definición oficial de la misión de servicio público. Si bien entendía como legítima una definición “amplia”, exigía que ésta fuera clara y precisa, tan exacta como fuera posible, e inequívoca, de modo que no quedara ninguna duda sobre si el Estado pretendía que se incluyera o no en la misión de servicio público una determinada actividad realizada por el operador al que se encomendaba dicha misión.

En cuanto al segundo requisito (misión), la Comunicación requería que la misión de servicio público se encomendase a una o varias empresas en virtud de instrumento oficial, y que existiera una autoridad competente u organismo designado al efecto que controlase su realización, dejando en manos de los Estados la facultad de elegir el mecanismo destinado a garantizar un control eficaz del efectivo cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

En cuanto al tercer requisito (criterio de proporcionalidad), la Comunicación señalaba que, aunque la elección del sistema de financiación incumbía a los Estados miembros, los cuales podían optar por un sistema de financiación única o por una doble financiación, a la Comisión le correspondía comprobar que la aplicación de la excepción del 86.2 en un caso concreto no afectaba a la competencia en el mercado común de manera desproporcionada.

Para que la Comisión pudiera realizar el control de proporcionalidad se exigían los siguientes requisitos: en primer lugar, la definición clara y precisa del concepto de misión de servicio público, y la separación clara de las actividades que eran de servicio público y las que no lo eran. En segundo lugar, la separación de cuentas, ya que sólo sobre la base de una asignación adecuada de los costes e ingresos se podía determinar si la financiación pública se limitaba a los costes netos derivados de la misión de servicio público y podía autorizarse la misma por aplicación del 86.2 y del Protocolo. En último lugar, que los organismos de radiodifusión que se beneficiasen de ayudas estatales y estuvieran encargadas de

la gestión de un servicio de interés económico general cumplieran los requisitos sobre transparencia, recogidos en la Directiva 80/723, de 25 de junio de 1980, sobre transparencia financiera¹⁶.

Debido a las dificultades que en el sector de la radiodifusión podía plantear la separación de cuentas en la parte correspondiente a los costes, la Comisión consideraba que, en la contabilización de los ingresos, los operadores de radiodifusión debían hacer un informe detallado sobre las fuentes y cuantía de todos los ingresos derivados de la realización de actividades distintas a las del servicio público. Por otra parte, en lo que respecta a los costes, debían determinarse con claridad los costes específicos de las actividades ajenas al servicio. Asimismo interpretaba que los costes enteramente atribuibles a actividades de servicio público, que a la vez beneficiasen a actividades comerciales, podían atribuirse íntegramente al servicio público.

Por último, la Comunicación señalaba como condiciones necesarias para que se superase la prueba de proporcionalidad, en primer lugar, que la cuantía de las ayudas estatales no sobrepasara los costes netos derivados de la función de servicio público, teniendo en cuenta los demás ingresos directos o indirectos procedentes de esta función; en segundo lugar, que la cuantía de la ayuda a recibir por el lucro cesante no estuviera causada por una caída en los precios del mercado de la publicidad, provocada por el propio operador de servicio público; y, en tercer lugar, que las ayudas no produjeran efectos negativos, en el sentido de impedir el acceso de otros operadores al mercado, reforzando así una estructura oligopolística del mismo.

2. La Comunicación de la Comisión Europea de 2 de julio de 2009 sobre aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión

Desde la publicación de la Comunicación de 2001, por un lado, se produjeron importantes avances tecnológicos con incidencia directa en el sector audiovisual y, por otro lado, hubo importantes cambios en el entorno jurídico que afectaban a la radiodifusión, tales como la Decisión y el Marco comunitario sobre las compensaciones por servicio público¹⁷, la Directiva sobre servicios de medios audiovisua-

¹⁶ Esta Directiva fue derogada por la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras ante los Estados Miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas.

¹⁷ Decisión relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (Decisión de 28 de noviembre de 2005. *DOUE* L 312/67, de 29 de noviembre de 2005); y Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (*DOUE* C 297/7, de 29 de noviembre de 2005). En estos dos documentos de 2005 se concretan las condiciones de aplicabilidad del art. 86.2 TCE.

En primer lugar, debe tratarse de un verdadero servicio de interés económico general en el sentido del art. 86 del Tratado. Puesto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados

les¹⁸, la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno. Ser-

miembros disponen de un amplio poder de valoración respecto a la naturaleza de los servicios susceptibles de ser calificados como servicio de interés económico general, la labor de la Comisión se limita a velar porque ese poder de valoración se aplique sin error manifiesto. La Comisión exhorta a los Estados miembros a que, a la hora de definir las obligaciones de servicio público y valorar si las empresas cumplen estas obligaciones, realicen una amplia consulta pública.

En segundo lugar, resulta necesario que la empresa en cuestión tenga atribuida la responsabilidad del funcionamiento del servicio de interés económico general en virtud de un instrumento oficial. Aunque la Comisión deja libertad a los Estados miembros a la hora de determinar la forma que debería adoptar dicho instrumento, establece de forma clara el contenido que, como mínimo, debe tener. Así, resulta necesario que se especifiquen la naturaleza, el alcance y la duración concreta de las obligaciones de servicio público impuestas, la identidad de las empresas afectadas, y los costes que debe soportar la empresa en cuestión.

En tercer lugar, en cuanto al importe de la compensación, la Comisión señala que “no podrá superar lo necesario para cubrir los costes derivados del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los correspondientes ingresos, así como un beneficio razonable por el desempeño de estas obligaciones”. Este beneficio razonable puede incluir, total o parcialmente, los incrementos de productividad realizados por las empresas en cuestión durante un periodo convenido y limitado, sin menoscabar el nivel cualitativo de los servicios fijado por el Estado.

Los costes que deben tenerse en cuenta son todos los vinculados al funcionamiento del servicio de interés económico general. Su cálculo se basará en los principios contables generalmente aceptados.

En el caso de que las actividades de la empresa en cuestión se limiten al servicio de interés económico general, pueden tenerse en cuenta todos sus costes.

Sin embargo, cuando la empresa realice también actividades ajenas al servicio de interés económico general, sólo podrán tenerse en cuenta los costes vinculados a este servicio. Estos costes asignados al servicio de interés económico general pueden cubrir todos los costes variables causados por la prestación de este servicio, una contribución adecuada a los costes fijos, y una remuneración apropiada de los fondos propios en la medida en que se destinen al servicio de interés económico general. Los costes relacionados con inversiones, podrán tenerse en cuenta cuando sean necesarios para el funcionamiento del servicio de interés económico general. Los costes que nunca podrán imputarse al servicio de interés general son aquellos asignados a posibles actividades ajenas al mismo. Estos costes deben cubrir todos los costes variables, una contribución adecuada a los costes fijos comunes, y una remuneración apropiada del capital.

Los ingresos que deben tenerse en cuenta deben incluir, al menos, todos los ingresos procedentes del servicio de interés económico general. Si la empresa en cuestión dispone de derechos exclusivos o especiales vinculados a otros servicios de interés económico general que genera beneficios superiores al beneficio razonable, o si se beneficia de otras ventajas concedidas por el Estado, éstos deben tenerse en cuenta, con independencia de su calificación con arreglo al art. 87 TCE, y se añadirán a los ingresos. El Estado miembro también puede decidir que los beneficios procedentes de otras actividades ajenas al servicio de interés económico general se destinen, total o parcialmente, a la financiación de éste.

Por beneficio razonable se entiende un tipo de remuneración de los fondos propios que tenga en cuenta el riesgo, o la inexistencia del mismo, soportado por la empresa a causa de la intervención del Estado, en particular, si este último concede derechos exclusivos o especiales. Normalmente este tipo no debe superar el tipo medio registrado en el sector interesado durante los últimos años. En los sectores en los que no existe una empresa comparable a la empresa encargada del servicio de interés económico general, la comparación puede efectuarse con las empresas situadas en otros Estados miembros o, en caso necesario, con empresas de otros sectores, siempre que se tengan en cuenta las características particulares de cada sector. Para determinar el beneficio razonable, el Estado miembro puede introducir criterios incentivadores, en función, particularmente, de la calidad del servicio prestado y de los incrementos de la eficiencia productiva.

La Comisión resalta la necesidad de que cuando una empresa realice actividades que caen dentro y fuera del ámbito del servicio de interés económico general, su contabilidad interna refleje por sepa-

vicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo”¹⁹, y la emblemática sentencia del TJCE de 24 de julio de 2003 (ALTMARK)²⁰.

Estos factores obligaron a la Comisión a revisar la Comunicación de 2001 con el fin de diseñar un marco jurídico apropiado para la futura financiación del servicio público de radiodifusión en el nuevo entorno de los medios de comunicación en el que, por un lado, se reflejase la experiencia adquirida gracias a las investigaciones individuales y las aclaraciones adicionales que había ofrecido la práctica decisoria de la Comisión desde 2001 y, por otro, se tuvieran en cuenta los cambios producidos en el entorno jurídico²¹, y la evolución de los mercados a raíz de la digitalización y la convergencia de los medios de comunicación.

rado los costes y los ingresos asociados a este servicio de interés económico general, y los correspondientes a otros servicios, así como los parámetros utilizados para la asignación de costes e ingresos. Asimismo, cuando se encomiende a una empresa la gestión de varios servicios de interés económico general, la contabilidad interna de la empresa debe permitir asegurarse que no existe una compensación excesiva de cada servicio de interés general.

El importe de la compensación comprende todos los beneficios concedidos por el Estado o a cargo de recursos estatales y, en todo caso, deberá utilizarse para el funcionamiento del servicio de interés económico general correspondiente ya que, en caso contrario, constituirá una ayuda estatal incompatible con el Tratado.

Así, en el caso de que exista una compensación excesiva que no sea necesaria para el funcionamiento del servicio de interés económico general, deberá reembolsarse al Estado, al constituir una ayuda estatal, resultando necesario que además, se actualicen, de cara al futuro, los parámetros utilizados para el cálculo de la compensación.

No obstante, cuando el importe de la compensación excesiva no supere el 10% del importe de la compensación anual, dicha compensación excesiva podrá descontarse del año siguiente.

Por último, se permite utilizar la compensación excesiva para financiar otro servicio de interés económico general explotado por la misma empresa, siempre que la transferencia conste en la contabilidad de esta empresa y se realice de conformidad con las normas y principios establecidos en el Marco comunitario.

¹⁸ Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (*DOUE* L 332 de 18 de diciembre de 2007).

¹⁹ COM (2007) 725 final.

²⁰ STJCE de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00, *Altmark, Rep. 2003, pag. I-0774*. En ella, el Tribunal de Justicia establece los requisitos necesarios para que la compensación otorgada por un Estado a una empresa como contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público pueda eludir la calificación de ayuda de Estado prohibida por el Tratado. En primer lugar, exige que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que éstas estén claramente definidas. En segundo lugar, es necesario que los parámetros para el cálculo de la compensación se establezcan previamente y de forma transparente. En tercer lugar, la compensación no debe superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público. Y en cuarto lugar, se requiere que el nivel de la compensación sea calculado según un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para satisfacer las exigencias del servicio público requerido, habría soportado para ejecutar estas obligaciones.

²¹ Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86 apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por ser-

Esta revisión resultaba necesaria por diversos motivos. Por un lado, porque no se podían obviar, y debían tenerse en cuenta al regular el régimen jurídico de las compensaciones por servicio público otorgadas a las empresas encargadas de la realización del servicio público de radiodifusión, tanto los documentos que habían visto la luz tras la publicación de la Comunicación de 2001, en especial los relacionados con la aplicación del art. 86.2 TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (la Decisión y el Marco Comunitario sobre compensaciones por servicio público, la Directiva revisada sobre televisión sin fronteras), como la última línea jurisprudencial del TJCE sobre compensaciones por servicio público²². Por otro lado, porque en los últimos años el sector audiovisual se había visto sometido a una evolución constante, apareciendo nuevos servicios inexistentes cuando se publicó la Comunicación de 2001, que hacían patente la necesidad de llevar a cabo una actualización. Y, por último porque, pese al tiempo transcurrido desde la publicación de la Comunicación, la situación de algunos países como España demostraba que, pese a haber modificado su legislación para adaptarla a las exigencias europeas (Ley 17/2006) aún no se habían solucionado los problemas de competencia derivados de la doble financiación que recibía la televisión pública.

La Comisión, antes de aprobar el texto definitivo de la versión revisada de la Comunicación, realizó tres consultas públicas con el fin de que los Estados miembros y los interesados tuvieran la oportunidad de expresar sus opiniones sobre la conveniencia de la revisión, sobre los cambios que, respecto a la Comunicación de 2001, deberían observarse en la nueva Comunicación, así como sobre aquellos aspectos que considerasen necesario incluir. De este modo, se realizó una primera consulta de enero a marzo de 2008. El 4 de noviembre de 2008 tuvo lugar una segunda consulta sobre la versión revisada de la Comunicación. Y el 8 de abril de 2009 se realizó una tercera consulta sobre la segunda versión de la nueva Comunicación.

El 2 de julio de 2009 se adoptó la nueva Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión²³ en la que, basándose en los comentarios recibidos como consecuencia de las con-

vicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general (DOUE L 312 de 29 de noviembre de 2005); Marco Comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (DOUE C 297 de 29 de noviembre de 2005); y Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DOUE L 332/27, de 18 de diciembre de 2007).

²² Esta doctrina establecida por la STJCE de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00, *Altmark*, ha sido recientemente aplicada por el Tribunal General de la Unión Europea en dos sentencias de 24 de septiembre de 2015 (T-674/11 y T-125/12) en las que se analizan las ayudas públicas otorgadas al organismo público de radiodifusión danés TV2/Danmark.

²³ DOUE C 257 de 27/10/2009.

sultas públicas realizadas y, teniendo en cuenta los cambios jurídicos y de mercado acaecidos en los últimos años, se aclaran los principios seguidos por la Comisión en la aplicación de los artículos 87.1 y 86.2 TCE a la financiación pública de los servicios audiovisuales en el sector de la radiodifusión.

La Comunicación de 2009, que parte de la de 2001, contiene algunos cambios respecto a la determinación de la compatibilidad de los sistemas de financiación pública de los organismos públicos de radiodifusión con el Tratado CE.

Aunque analiza los distintos procedimientos para determinar si los sistemas de financiación pública de los organismos públicos de radiodifusión son conformes con las disposiciones del Tratado CE (que la compensación por el servicio público no constituya una ayuda pública al cumplirse, de forma cumulativa, las cuatro condiciones que establece la sentencia *Altmark*²⁴, o que la compensación por el servicio público sea calificada como ayuda pública compatible con el Tratado CE, por la aplicación del artículo 86.2 TCE, o de acuerdo con el artículo 87.3 TCE) entiende que las ayudas públicas a los organismos públicos de radiodifusión se suelen conceder en forma de compensación por el cumplimiento de la misión de servicio público, y que se deben evaluar de conformidad con el artículo 86.2 TCE, basándose en los principios que establece esta Comunicación.

Así, al igual que sucedía en la Comunicación de 2001, se exige que exista una definición de la misión de servicio público, que esta misión haya sido encomendada a una o varias empresas en virtud de un instrumento oficial y que una autoridad o organismo controle que el servicio público se presta efectivamente y, por último, que se cumpla el criterio de proporcionalidad.

En cuanto al primero de estos requisitos, la Comisión entiende necesario que los Estados miembros establezcan una definición oficial de la misión de servicio público. Esta definición debe ser exacta, clara y precisa²⁵, y no debe dejar ninguna duda sobre si un Estado miembro pretende que se incluya o no en la misión de servicio público una determinada actividad. No obstante, se considera legítima una definición cualitativa que encomiende a un operador determinado la obligación de suministrar una amplia gama de programas y una oferta de programación equilibrada y variada. El papel de la Comisión respecto a la definición de la misión de servicio público se limita al control de los errores manifiestos.

²⁴ STJCE de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00, *Altmark*,. En esta sentencia se sienta un importante precedente al considerar que, para que una contraprestación otorgada por un Estado a una empresa como contrapartida por las prestaciones realizadas para el cumplimiento de obligaciones de servicio público no constituya una ayuda estatal de los art. 87 y 88 TCE, deben cumplirse, en todo caso, las cuatro condiciones que enunciábamos anteriormente. Cuando no se cumpla alguna de estas condiciones, las compensaciones por servicio público constituyen ayudas estatales prohibidas por el Tratado. Estas ayudas, solo podrán declararse compatibles con éste si se cumplen los requisitos necesarios para la aplicar la excepción contenida en el art. 86.2 TCE, esto es, que la compensación que reciben no supere los costes de la misión de servicio público encomendadas a la empresa en cuestión.

²⁵ En la Comunicación de 2001 en lugar de “precisa” se exigía que la definición fuera “inequívoca”.

En la Comunicación de 2009 se añade un punto importante, no previsto en la de 2001, en el que se afirma que la misión de servicio público describe los servicios ofrecidos al público en interés general y que su definición no debe confundirse con el mecanismo de financiación elegido para prestar estos servicios. De esta manera, si bien los operadores que tengan encomendado el servicio público de radiodifusión pueden realizar actividades comerciales tales como la venta de espacios publicitarios para obtener ingresos, estas actividades no pueden considerarse parte de la misión de servicio público²⁶.

Como hemos visto, la misión de servicio público ha de encomendarse a una o varias empresas en virtud de un instrumento oficial. Ahora bien, la Comunicación de 2009 exige que el acto o actos por los que se encomiende la misión especifiquen la naturaleza exacta de las obligaciones de servicio público, las condiciones para conceder la compensación y las medidas destinadas a evitar la compensación excesiva y a obtener su devolución.

Además, obliga a los Estados miembros a modificar el acto o actos por el que se encomienda y define la misión de servicio público cuando se amplíe el alcance de la misión de servicio público para incluir nuevos servicios.

Es necesario también que los Estados miembros designen a un organismo independiente de la dirección de organismo público de radiodifusión para que lleve a cabo de una manera transparente y eficaz la supervisión del cumplimiento por parte de éste de su misión de servicio público. Este otorgamiento debe contar con la capacidad y los recursos necesarios para llevar a cabo el control con regularidad y para imponer las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

Por otra parte la Comisión exige, para poder realizar la evaluación de la ayuda estatal, que exista una definición clara y precisa del concepto “misión de servicio público”, y una separación clara y adecuada entre las actividades de servicio público y las que no lo son, que incluya la separación de cuentas. Así, los organismos de radiodifusión que reciban una compensación por servicio público y realicen además otras actividades que no sean de servicio público deberán cumplir con los

²⁶ Punto 49 Comunicación de 2 de julio de 2009. FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Televisión pública. En especial la televisión estatal”, en *Derecho de la Regulación. V. Audiovisual*, Iustel, 2011, pp. 137-138, interpreta que puesto que la determinación de cuáles son las actividades distintas del servicio público es prácticamente imposible de realizar, la Comisión “se ciñe en afirmar, una vez constatada la debilidad del criterio, que lo único seguro es la exclusión de la misión de servicio público de lo que son actividades estrictamente comerciales, entendiendo por tales, fundamentalmente, la publicidad comercial televisiva a la cabeza. Todas las demás serán, en principio, actividades de servicio público, siempre que, tal como añade la Comisión en las Comunicaciones referidas, compongan una programación variada y equilibrada, de calidad y respetuosa del pluralismo y la diversidad cultural y lingüística de la sociedad, así como idóneas para satisfacer las necesidades democráticas, sociales y culturales y de acceso universal, tanto geográficamente como económica y culturalmente”.

requisitos de transparencia establecidos en la Directiva 2006/111/CE²⁷. En la Comunicación se especifica el modo en que se debe realizar la separación de cuentas tanto del lado de los ingresos como del lado de los costes. Además, se afirma que “para cumplir el criterio de proporcionalidad es necesario, por regla general, que el importe de la compensación pública no supere los costes netos de la misión de servicio público, teniendo también en consideración otros ingresos directos o indirectos derivados de dicha misión”. No obstante, se permite que los organismos públicos de radiodifusión puedan conservar la sobrecompensación anual que supere los costes netos del servicio público, en la medida que estos sean necesarios para garantizar la financiación de sus obligaciones de servicio público dentro de los límites y con las condiciones que expresamente se contemplan en la Comunicación. El importe de esta sobrecompensación se puede utilizar exclusivamente para financiar actividades de servicio público.

Los Estados miembros deben contar con mecanismos adecuados y eficaces, independientes del organismo público de radiodifusión, que controlen que no exista ninguna sobrecompensación contraria al principio de proporcionalidad.

Asimismo, en atención a los importantes cambios y a la rápida evolución que han experimentado en los últimos tiempos los mercados audiovisuales, la Comisión permite, por una parte, a los organismos públicos de radiodifusión que puedan utilizar la ayuda estatal para suministrar servicios audiovisuales en nuevas plataformas de distribución, siempre que cumplan determinadas condiciones y, por otra, a los Estados miembros que puedan encomendar a estos organismos públicos determinados servicios que presenten elementos de pago como parte de su misión de servicio público, con la condición de que estos servicios satisfagan las necesidades concretas sociales, democráticas y culturales de la sociedad, sin dar lugar a efectos desproporcionados en la competencia y en el comercio transfronterizo. Para garantizar que la financiación de los nuevos servicios audiovisuales no falsea la competencia, los Estados miembros deberán evaluar su impacto en el mercado siguiendo las pautas que marca la Comisión.

Por último, se prohíbe a los organismos públicos de radiodifusión la realización de actividades que den lugar a falseamientos desproporcionados de la competencia que no sean necesarios para el desempeño de la misión de servicio público (ej. subcotización de precios).

²⁷ Los requisitos de transparencia establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2006/111/CE son los siguientes: a) las cuentas internas correspondientes a las distintas actividades, es decir, a las que son de servicio público y las que no lo son, deben llevarse por separado; b) todos los costes e ingresos se deben asignar o distribuir correctamente sobre la base de principios de contabilidad de costes aplicados de forma coherente y objetivamente justificable; y c) se deben establecer claramente los principios de contabilidad de costes con arreglo a los cuales deban llevarse las cuentas separadas.

III. EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

El sistema de financiación de la Corporación Radiotelevisión Española sufrió una importante transformación con la Ley 8/2009, de 28 de agosto, con la que se intentó, entre otras cuestiones, solventar los problemas que, desde el punto de vista de la competencia, planteaba el anterior modelo.

Esta Ley supuso un cambio fundamental en el régimen de financiación del ente público que hasta ahora se había seguido, y que se había mantenido con la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, que aunque reformó su régimen jurídico, seguía dotando a la televisión estatal pública de un mecanismo de financiación mixta, con una subvención pública que se debía adecuar a los límites marcados por las normas y los criterios de transparencia y proporcionalidad establecidos por la Unión Europea, y unos ingresos derivados de la actividad comercial sujetos a los principios de mercado.

Debemos, pues, analizar cuál es actualmente el sistema de financiación de la Corporación Radio Televisión Española, para poder determinar si cumple o no con los requisitos establecidos por las instituciones comunitarias sobre financiación pública compatible con el derecho europeo de la competencia.

1. La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad de Estado

La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, que continúa en vigor en todo aquello que no se oponga a la Ley 8/2009²⁸, fue concebida pues, partiendo de un sistema de doble financiación en el que el conjunto de la programación era financiada tanto por fondos públicos como por ingresos comerciales provenientes, fundamentalmente, de la publicidad. Este sistema de doble financiación fue eliminado tras la entrada en vigor de la Ley 8/2009 al desaparecer la publicidad como fuente de financiación de la televisión pública estatal.

El capítulo cuarto de la Ley 17/2006 (arts. 29 a 37) regula el régimen económico de la Corporación RTVE. Así, el art. 31 LRTTE prevé expresamente límites a la capacidad de endeudamiento de los medios de comunicación de titularidad del Estado. Además, el art. 32 regula como instrumento para garantizar el cumplimiento de la misión de servicio público el contrato-programa que, en todo caso, deberá determinar las aportaciones con cargo a los presupuestos generales destinadas a la

²⁸ La Ley 8/2009 en su Disposición Derogatoria Única modifica expresamente los artículos 7.3, 16.4.f), 20.2.e) y 33 párrafo segundo de la Ley 17/2006, y aclara la interpretación de los artículos 20.2.c) y 23.3.c) de la misma.

prestación del servicio público de radio y televisión y que, deberá incorporar restricciones adicionales a las establecidas con carácter general en la Ley 24/1994, de 12 de julio, para la emisión de publicidad. Esta previsión dejará de tener sentido cuando, de conformidad con lo previsto en la Ley 8/2009 se pase efectivamente a un sistema único de financiación basado exclusivamente en ingresos públicos.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley 17/2006 se ocupa específicamente de las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Señala que éstas se consignan en los Presupuestos Generales del Estado de manera diferenciada para cada una de las sociedades del servicio. Asimismo, dispone que estas compensaciones no podrán superar el coste neto del servicio público prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario.

La Ley de financiación de la Corporación Radio y Televisión Española ha modificado el párrafo segundo de este artículo estableciendo que si al cierre de un ejercicio se constata que la compensación supera el coste neto incurrido en tal periodo, el montante en exceso se destinará a dotar el fondo de reserva en los términos establecidos en el artículo 8 de esta Ley 8/2009, y el remanente, si lo hubiere, minorará las cantidades asignadas en los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio siguiente a aquel en que se hubiera producido tal exceso.

El coste neto del servicio público se define en el art. 33 de la Ley como la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora de servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones. No depende, pues, ni de la buena o mala gestión de la sociedad, ni del coste concreto de la misión de servicio público encomendada. Esta definición del coste neto del servicio público, en el sistema de financiación mixta del que partía la Ley 17/2006, en el que la Corporación de Radio y Televisión Española obtenía grandes ingresos derivados de la publicidad, colocaba a los operadores comerciales en una clara situación de desventaja competitiva.

Elaborar una definición clara y exacta del concepto de servicio público de televisión, así como concretar las características que ha de reunir esta actividad para que pueda ser calificada como servicio público, y los efectos que dicha calificación va a tener sobre ella, resulta una ardua tarea. Resulta extremadamente complicado determinar su contenido, máxime si tenemos en cuenta las peculiaridades que presenta el sector en el que nos encontramos.

La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal, intenta definir la función de servicio público estatal de televisión y radio, que encomienda a la Corporación RTVE y a sus sociedades filiales.

Su artículo 2.1 señala que el objeto del servicio público de la radio y televisión de titularidad del Estado es *“la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio y televisión con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros y destinadas a satisfacer necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad española; impulsar la sociedad de la información; promover el pluralismo, la partici-*

pación y los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos”.

De estos objetivos, se deduce en principio, que el conjunto de la programación de la Corporación Radiotelevisión Española va a entrar dentro del concepto del servicio público, y que por tanto, toda ella va a recibir financiación pública.

Por otra parte, el art. 2.2, señala que la función de servicio público también comprende *“la producción de contenidos y la edición y difusión de canales generalistas y temáticos, en abierto o codificados, en el ámbito nacional o internacional, así como la oferta de servicios conexos e interactivos orientados a los fines mencionados en el apartado anterior”.*

Asimismo, en este párrafo se permite que la función de servicio público comprenda canales codificados, lo que podría ir en contra del principio de universalidad en el que tradicionalmente se ha basado la radiodifusión pública, y que significa el acceso de todos los ciudadanos a una oferta abierta y gratuita, que resulte accesible y asequible para todos los ciudadanos.

El apartado 3 de este art. 2 señala que los servicios de radio y televisión tendrán por objetivo alcanzar una cobertura universal, entendiéndose por tal la mayor cobertura posible dentro del territorio nacional.

Por otra parte, en el art. 3.2 de la Ley se enumeran las obligaciones que deberá cumplir la Corporación RTVE en el ejercicio de su función de servicio público y que se formulan de forma genérica e imprecisa.

El art. 3.3 de la Ley de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal incluye dentro de la función de servicio público de radio y televisión, la contribución al desarrollo de la sociedad de la Información de la siguiente manera: participando en el progreso tecnológico, utilizando las diferentes tecnologías y vías de difusión, desarrollando nuevos servicios conexos o interactivos susceptibles de enriquecer o completar su oferta de programación y de acercar las diferentes Administraciones públicas a los ciudadanos y promoviendo medidas que eviten cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad.

De nuevo, estamos ante un apartado tan amplio que cualquier actividad que realice RTVE podría quedar incluida en él y, por tanto, dentro de la definición de la función de servicio público.

Asimismo, la programación de servicio público deberá atender a los colectivos sociales que requieran una atención específica como la infancia y la juventud (art. 25.3) y se deberá asegurar la expresión de la pluralidad social, ideológica, política y cultural de la sociedad española, estableciéndose expresamente el modo en el que se aplicará este derecho de acceso (art. 28).

Además, como instrumentos para el cumplimiento de la función de servicio público, la Ley de la Radio y Televisión de Titularidad Pública recoge la obligación de que las Cortes Generales aprueben mandatos-marco a la Corporación RTVE, en los que se concreten los objetivos generales de la función de servicio público que

tienen encomendado, con una vigencia de nueve años (art. 4)²⁹ y un contrato-programa de duración trienal³⁰, que suscribirán el Gobierno y la Corporación RTVE fijando los objetivos específicos a desarrollar en el ejercicio de la función de servicio público, y los medios presupuestarios para atender dichas necesidades, previo informe de la autoridad audiovisual, y una vez informadas las Cortes Generales (art. 32)³¹.

En este sentido, la Ley General de Comunicación Audiovisual obliga a la Corporación RTVE a suscribir con el Gobierno el contrato programa correspondiente en el que se deberá detallar la oferta de televisión que habrá de observar las obligaciones de servicio público previstas en la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal (arts. 2 y 3), en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (art. 9) y en las disposiciones vigentes del Mandato Marco a la Corporación RTVE aprobado por las Cortes Generales, los días 11 y 12 de diciembre de 2007. Igualmente, en este contrato-programa deberá quedar especificada y singularizada la organización y programación de la 2 de RTVE que, en todo caso, habrá de disponer de un plan concreto para la creación del centro de producción de referencia en Sant Cugat. Además de la oferta de televisión, en el contrato programa se incluirá también la de radio y de los servicios conexos e interactivos y de información en línea, la programación de la Orquesta y Coro y del Instituto de Radio y Televisión Española (art. 41.1).

Ahora bien, la Ley General de Comunicación Audiovisual es clara al establecer al plazo máximo e improrrogable en el que este contrato programa ha de ser suscrito: 180 días desde la entrada en vigor de la Ley. Esto es, 6 meses contados a partir del 1 de mayo de 2010, sin que este plazo pueda ser prorrogado. Esta obligación ha sido incumplida por la Corporación RTVE que aún sigue sin firmar dicho contrato-

²⁹ El Mandato-marco a la Corporación RTVE fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 11 de diciembre de 2007 y por el Pleno del Senado en su Sesión de 12 de diciembre de 2007. Sobre el contenido del mandato marco *vid.* CASADO CASADO, L., “La configuración de la televisión de titularidad del Estado como servicio público en la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 80, 2008, pp. 86 a 96.

³⁰ Sobre el contrato programa como instrumento de desarrollo de los objetivos aprobados en el mandato-marco *vid.* CASADO CASADO, L., “La configuración de la televisión ...”, *op. cit.*, pp. 96-99.

³¹ CHINCHILLA MARTÍN, C., “La reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad estatal: la Ley 17/2006, de 5 de junio”, en *RAP*, n° 174, pp. 304-305, considera que de estos instrumentos “depende, en último término, el éxito de la reforma de la radio y la televisión públicas y en manos del Parlamento, primero, y luego del Gobierno, está, pues, imponer obligaciones a las sociedades de la Corporación RTVE que, en primer lugar, sean lo suficientemente concretas para poder luego exigir su cumplimiento y sancionar, en su caso, su incumplimiento; y, en segundo lugar, sean concebidas de tal forma que el conjunto de la programación ofrecida por la radio y la televisión públicas las haga merecedoras de tal nombre, en el sentido de que, verdaderamente, pueda decirse de aquélla que es una programación de calidad, neutral, objetiva, independiente del Gobierno, y diferente a la programación, cada vez más homogénea, de las emisoras y canales privados”.

programa, lo que no deja de sorprender, máxime cuando se trata de un instrumento fundamental para que se pueda realizar un control efectivo del cumplimiento de la función de servicio público por parte de la Corporación Radio Televisión Española, y del destino de los fondos públicos que recibe para ello.

Por ello, hasta que no se suscriba dicho contrato-programa, no vamos a saber con exactitud cuándo estamos realmente ante una actividad de servicio público, pues la Ley nos ofrece una definición imprecisa cargada de conceptos jurídicos indeterminados³².

Si bien la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2009 considera legítima una definición cualitativa de la misión de servicio público que encomiende a un operador determinado la obligación de suministrar una amplia gama de programas y una oferta de programación equilibrada y variada, exige que esta definición sea exacta, clara y precisa. Así, resulta necesario, para realizar un control eficaz sobre el cumplimiento de la misión de servicio público, conocer con exactitud en qué consiste este servicio público por cuya realización los organismos públicos de radiodifusión reciben financiación pública.

Además, para que el servicio público se preste efectivamente, la Comisión entiende necesario que exista una autoridad competente u organismo designado al efecto que controle su aplicación de manera transparente y eficaz. Si bien se deja en manos de los Estados miembros la facultad de elegir el mecanismo destinado a garantizar un control eficaz del efectivo cumplimiento de las obligaciones de servicio público, se exige que el organismo que realice el control sea realmente independiente de la dirección del organismo público de radiodifusión, que cuente con la capacidad y los recursos necesarios para llevar a cabo el control con regularidad, y pueda imponer las medidas apropiadas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

En España, la Ley 17/2006, atribuye expresamente el control del cumplimiento de la misión de servicio público de radio y televisión por parte de la Corporación RTVE, a la autoridad audiovisual, que podrá adoptar recomendaciones y resoluciones y requerir a la Corporación RTVE y a sus sociedades los datos e informes necesarios para el ejercicio de sus funciones (art. 40). Como veremos, la LGCA prevé y regula (arts. 44 a 54) el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) como órgano regulador y supervisor del sector que ejercerá sus competencias bajo el principio de independencia de los poderes políticos y económicos. Las funciones de este órgano, que no se llegó a constituir, fueron asumidas por un órgano dife-

³² CHINCHILLA MARTÍN, C. entiende que la Ley 17/2006 cumple con el requisito establecido por la Comisión en la Comunicación, relativo a la definición “oficial” del servicio público, lo que no significa que una mayor concreción no fuera posible ni deseable. Esta autora interpreta que la Comunicación al exigir la distinción clara y precisa de la misión de servicio público no se refiere a programas concretos, sino a actividades. *Vid.* “La reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad estatal: la Ley 17/2006, de 5 de junio”, en *RAP*, nº 174, pp. 324 y 325.

rente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio³³.

Por otro lado, la Ley 17/2006 prevé que el control parlamentario sobre la actuación de la Corporación RTVE y sus sociedades lo ejerzan las Cortes Generales, que velarán especialmente por el cumplimiento de las funciones de servicio público (art. 39). A tal fin, la Corporación RTVE remitirá con carácter anual a las Cortes Generales un informe referido a la ejecución del contrato-programa y del mandato-marco y una memoria sobre el cumplimiento de la función de servicio público encomendada, referido al conjunto de sus actividades, programaciones, servicios y emisiones. Debemos tener en cuenta que éste es un control político y no jurídico y, como tal, su principio rector es el de la mayoría que impone sus decisiones. Por ello, en un tema tan sensible y de tanta trascendencia política y social como es el de la gestión directa del servicio público de televisión, el simple juego de las mayorías podría vaciar de contenido el control que se pretende. Por último, la Corporación RTVE estará sometida al control externo del Tribunal de Cuentas (art. 41).

El artículo 37.5 de la Ley 17/2006 obliga a la Corporación RTVE y a sus sociedades prestadoras del servicio público a llevar un sistema de contabilidad analítica que permita presentar cuentas separadas de las actividades de servicio público del resto de actividades que realice, con el objeto de determinar el coste neto. Esta obligación resulta clave para determinar el cumplimiento de las exigencias de las Instituciones Comunitarias. No obstante, para poder llevar una contabilidad analítica resulta necesario que estén claramente separadas las actividades de servicio público de las que no lo son, lo que no sucede en esta Ley, ya que, es el conjunto de la programación, y no sólo las actividades de servicio público, la que recibe la financiación pública.

No se pueden diferenciar, partiendo de la definición de servicio público establecida en la Ley, las actividades de servicio público de la Corporación RTVE, del resto de actividades que realice. Por ello sorprende que el art. 37.5 LRTTE obligue a la Corporación RTVE y a sus sociedades prestadoras del servicio público a llevar un sistema de contabilidad analítica que permita presentar cuentas separadas de las actividades de servicio público y de las otras de actividades que desarrollen, con objeto de determinar el coste neto del servicio, definido en el art. 33 LRTTE como la diferencia entre los costes totales que haya tenido la sociedad y sus otros ingresos distintos de las compensaciones³⁴.

³³ Sobre las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en materia de supervisión y control del mercado de la comunicación audiovisual, *vid.* BOIX PALOP, A., y VIDAL BELTRÁN, J. M., *La nueva regulación del audiovisual. Medios, derechos y libertades*, Thomson-Civitas Aranzadi, 2014.

³⁴ CHINCHILLA MARTÍN, C., considera que el modo en que el legislador español ha definido el coste neto (como la diferencia entre los costes "totales" de cada sociedad y todos sus ingresos, a excepción de la aportación presupuestaria), se explica porque la Comisión "ha elaborado un concepto «integral» de servicio público susceptible de abarcar, en principio, toda la programación

Como vemos, con el sistema de financiación que se establece en la Ley 17/2006³⁵ no se solucionaron los problemas de compatibilidad de la financiación de la Corporación Radio Televisión Española con el Derecho Europeo de la Competencia pues, en base a la definición de servicio público contenida en la Ley, resultaba imposible separar los programas de servicio público de los programas puramente comerciales, de forma que toda la programación de la Corporación Radio Televisión Española quedaría incluida dentro del mismo.

2. La Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Española

2.1. Principales características del sistema de financiación establecido en esta Ley

La Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española³⁶ tiene como finalidad el regular un sistema único de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y de sus filiales prestadoras del servicio público de radio y televisión basado en ingresos públicos³⁷, con el objeto de reforzar la independencia de este servicio público frente a las consideraciones del mercado, de facilitar la determinación de la compensación de RTVE para

de una radio o televisión pública, así como sus producción, hasta el punto de que, a la hora de suministrar ejemplos de actividades “de no servicio público”, sólo cita el comercio electrónico o la venta de espacios publicitarios o programas, esto es, actividades estrictamente comerciales. Y sobre todo, porque en la Comunicación se mantiene una concepción tan amplia de la actividad de servicio público que, a la hora de definir qué debe computarse como costes del servicio público, permite contabilizar los gastos de producción de programas que van a venderse a otros operadores o que se hacen para captar audiencia, que es también, según la Comisión, y como hemos visto, una forma de cumplir con la misión de servicio público. Ahora bien, entiende que lo que también dice la Comunicación, y no ha tenido reflejo en la Ley 17/2006, es que en la contabilidad hay que asignar como costes de actividades que no son de servicio público los que se hubiera evitado de no haberse realizado actividades de dicha naturaleza (en el ejemplo de la Comunicación, los gastos incurridos por la venta a terceros de los programas emitidos en la radio o la televisión públicas). La Ley (art. 33) habla de los costes totales de cada sociedad y, sin embargo, según la Comunicación, no deberían ser los costes totales de cada sociedad, ya que éstos incluyen los gastos de comercialización de los programas, sino sólo los costes totales en que haya incurrido cada sociedad en concepto de prestación del servicio público, noción ésta que ya no incluirá los gastos derivados de las actividades que no son de servicio público”. *Vid.* “La reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad estatal: la Ley 17/2006, de 5 de junio”, en *RAP*, nº 174, pp. 329.

³⁵ Que se basa en una financiación mixta, con ingresos públicos e ingresos privados derivados de la actividad comercial.

³⁶ *BOE* de 31 de agosto de 2009. Esta Ley ha sido modificada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y desarrollada por el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto.

³⁷ Sobre el sistema de financiación establecido en esta Ley, *vid.* BOIX PALOP, A., “Crisis y transformación del modelo de televisión autonómica en España en el contexto europeo”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 24, enero-junio 2013, pp. 173-176.

poder cubrirlo, y de garantizar la estabilidad en sus ingresos favoreciendo así el equilibrio presupuestario³⁸.

Lo más característico de la Ley es la eliminación de la publicidad como fuente de financiación y el establecimiento de unas aportaciones a cargo de quienes considera que se van a beneficiar de esta medida: los operadores de televisión y los operadores de telecomunicaciones³⁹.

Ahora bien, no se van a aumentar las aportaciones del Estado para hacer frente a la carga económica que supone la eliminación de los ingresos procedentes de la publicidad. En su lugar, se obliga a los operadores privados de televisión y a los de telecomunicaciones a sufragar, en parte, esta carga, aportando unas cantidades que se calcularán aplicando un porcentaje sobre los ingresos que obtengan.

Las fuentes de financiación de la Corporación RTVE aparecen enumeradas en el artículo 2 de la Ley de Financiación, y se desarrollan por el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto.

2.1.1. Las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público consignadas en los Presupuestos Generales del Estado a que se refieren la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de titularidad estatal y la Ley de Financiación

De conformidad con el artículo 33 de la Ley 17/2006 estas compensaciones tendrán carácter anual y no podrán superar el coste neto del servicio público prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario.

De este modo, las compensaciones irán destinadas a sufragar el cumplimiento de la función de servicio público. Ahora bien, como veíamos, el coste neto del servicio público aparece definido como la diferencia entre los costes totales en los que incurra cada sociedad prestadora del servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones, sin que esta definición nos permita obtener el coste real y concreto de la misión de servicio público encomendada.

³⁸ Sobre la financiación de la Corporación RTVE, *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Televisión pública. En especial la televisión estatal” en *Derecho de la Regulación Económica. V. Audiovisual*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 162 a 171.

³⁹ Sobre el canon que esta Ley establece con cargo a los operadores de televisión y de telecomunicaciones, *vid.* BOIX PALOP, A., “Crisis y transformación del modelo de televisión autonómica en España en el contexto europeo”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 24, enero-junio 2013, pp. 175-176.

2.1.2. *Un porcentaje sobre el rendimiento de la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico regulada en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*⁴⁰

Este porcentaje, hasta que las Leyes de Presupuestos no establezcan un porcentaje diferente, queda fijado en el 80% con un importe máximo anual de 330 millones de euros (art. 4.2 Ley 8/2009).

El importe que resulte de la aplicación de este porcentaje será ingresado por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones en la forma y plazos que se determinen reglamentariamente (art. 4.3 Ley 8/2009). Así, el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, dispone que este porcentaje será abonado los diez primeros días de cada mes a la Corporación Radio Televisión Española, calculándose su importe a partir del importe de la recaudación neta obtenida a fecha 20 de diciembre del ejercicio inmediatamente anterior (art. 3.1 RD 1004/2010). Una vez conocida la recaudación neta obtenida por la tasa, se procederá a la liquidación definitiva del pago a realizar. De producirse una diferencia a favor de la Corporación, ésta se abonará los diez primeros días del mes de febrero siguiente al cierre del correspondiente ejercicio. En el caso de que resulte una cantidad a devolver, la Corporación Radio Televisión Española procederá a ingresar en el Tesoro Público el importe correspondiente antes del 30 de abril (art. 3.2 RD 1004/2010).

2.1.3. *La aportación de los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior a una Comunidad Autónoma*⁴¹

La Ley justifica esta aportación “en atención al impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones que se deriva de la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual y, en especial, por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, así como la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de la Corporación RTVE” (art. 5.1 Ley 8/2009).

Estarían obligados al pago de la aportación los operadores de servicios de telefonía fija, de servicios de telefonía móvil y del servicio de acceso a internet que figuren inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las

⁴⁰ Vid. Arts. 2 y 3 del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Radio Televisión Española.

⁴¹ Artículo 4 del Real Decreto, 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Radio Televisión Española. El procedimiento de gestión de las aportaciones de los operadores de telecomunicaciones y televisión está previsto en el artículo 6 de esta norma.

Telecomunicaciones, siempre que tengan ámbito estatal o superior a una Comunidad Autónoma (art. 5.3 Ley 8/2009).

Esta aportación se fija en el 0,9% de los ingresos brutos de explotación, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor y no podrán superar el 25% del total de ingresos previstos para cada año por la Corporación RTVE (art. 5.4 Ley 8/2009).

2.1.4. La aportación de las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma⁴²

La Ley justifica esta aportación en el impacto económico favorable que sobre estas sociedades va a tener la supresión del régimen de publicidad retribuida como fuente de financiación de la Corporación RTVE (art. 6.1 Ley 8/2009).

Van a estar obligadas al pago de esta aportación las sociedades concesionarias del servicio de televisión por cable, del servicio de televisión por satélite y del servicio de televisión privada por ondas terrestres, en sistema analógico o digital, siempre que el servicio tenga un ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma (art. 6.3 Ley 8/2009).

La aportación para los operadores de televisión en acceso abierto se fija en el 3% del total de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, y no podrá superar el 15% del total de ingresos previstos para cada año en la Corporación RTVE (6.4 Ley 8/2009). Para los operadores de televisión de acceso condicional o de pago este porcentaje será del 1.5% y el límite estará en el 20% del total de los ingresos previstos en la Corporación para cada año (6.5 Ley 8/2009).

2.1.5. Los ingresos obtenidos por los servicios que presten y, en general, por el ejercicio de sus actividades

Así, la Corporación podrá obtener ingresos por la comercialización de sus contenidos, tanto de producción propia como de producción mixta, siempre que los ingresos no procedan de actividades de publicidad o televenta en cualquiera de sus

⁴² Según el artículo 3.1 de la Ley 8/2009, los ingresos a los que se refieren las letras a), b), c) y d) del artículo 2.1 de la misma sólo podrán ser destinados por la Corporación RTVE a financiar actividades de servicio público. Esta aportación se desarrolla en el artículo 5 del Real Decreto, 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Radio Televisión Española. El artículo 6 de este Real Decreto regula el procedimiento de gestión de las aportaciones de los operadores de telecomunicaciones y televisión.

formas, incluido el patrocinio, ni se trate de ingresos derivados del acceso condicional (art. 7.1 Ley 8/2009).

Lo que ha de entenderse por publicidad o televenta está previsto en los apartados c) y h) del artículo 3 de la Ley 25/1994, de 12 de julio (artículo 7.2 Ley 8/2009). No obstante, el apartado 3 del artículo 7 contiene una lista de actividades que no tienen la consideración de publicidad y que en el caso de realizarse no darán lugar a contraprestación económica alguna.

2.1.6. Los productos y rentas de su patrimonio.

2.1.7. Las aportaciones voluntarias, subvenciones, herencias, legados y donaciones.

2.1.8. Los ingresos procedentes de las operaciones de crédito que concierten, dentro de los límites establecidos en el artículo 31 de la Ley 17/2006, de 5 de junio

Este artículo establece que la Corporación RTVE, sus sociedades prestadoras del servicio público y cualesquiera otras sociedades en las que posean, directa o indirectamente, la mayoría del capital social sólo podrán recurrir al endeudamiento para la financiación de sus inversiones en inmovilizado material e inmaterial y para atender desfases temporales de tesorería, y que los límites de este endeudamiento se fijarán, para cada ejercicio, en el correspondiente contrato-programa.

2.1.9. Cualesquiera otros de Derecho público o de Derecho privado que les puedan ser atribuidos por cualquiera de los modos establecidos en el ordenamiento jurídico

El capítulo IV de la Ley 8/2009, dedicado al Fondo de Reserva, obliga a la Corporación RTVE a constituir un fondo de reserva con los ingresos que superen el coste neto del servicio público prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario⁴³ y que estará destinado a compensar las pérdidas de ejercicios anteriores y a hacer frente a contingencias especiales derivadas de la prestación del servicio público encomendado (artículo 8).

⁴³ El fondo de reserva no podrá sobrepasar el límite establecido en el artículo 3.2 de la Ley 8/2009.

Por último, el capítulo V de la citada Ley establece un conjunto de obligaciones de servicio público que se añaden a las ya establecidas en la Ley 17/2006 (art. 9.1), y prevé que no se podrá establecer ninguna obligación adicional de servicio público a la Corporación RTVE sin la correspondiente dotación presupuestaria (art. 9.2).

2.2. Compatibilidad del sistema de financiación de la CRTVE establecido por la Ley 8/2009 con el derecho europeo de la Competencia

Como acabamos de ver, la Ley 8/2009 supone un cambio en el modelo de financiación de la televisión pública en España ya que se pasa de un sistema de financiación mixta a un sistema de financiación única, basado en ingresos públicos que provienen de los Presupuestos Generales del Estado, de un porcentaje sobre el rendimiento de la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico, y de las aportaciones de los operadores de televisión y de telecomunicaciones. Estas aportaciones son una nueva figura tributaria, no prevista en nuestra legislación tributaria, que la Ley considera que se ajusta plenamente a los principios constitucionales sobre tributación

La Ley justifica esta aportación de los operadores en los beneficios que éstos van a obtener como consecuencia de la reducción de la publicidad. Sin embargo, de esta medida no se van a beneficiar todos los operadores de la misma forma.

Así, si bien los operadores de televisión en abierto podrían salir beneficiados con la medida, pues podrían aumentar los precios de la publicidad, para los operadores del servicio de televisión de pago por cable y por satélite, cuyos ingresos dependen sólo de un modo muy marginal del mercado publicitario, esta medida sólo supondría un pequeño beneficio. Tampoco se benefician de la publicidad los operadores de telecomunicaciones ya que, si la publicidad que pierde la Corporación RTVE se fuera a los anunciantes de Internet, se estaría beneficiando a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y no a los operadores de telecomunicaciones, que son los que van a tener que realizar la aportación⁴⁴.

De esta forma, parece que se está favoreciendo a los operadores de televisión, que se van a poder beneficiar (en mayor o menor medida) de la reducción de la publicidad en la televisión pública, en detrimento de los operadores de telecomunicaciones, a los que se les está imponiendo una carga por un beneficio que no van a obtener.

El sistema de financiación de la Corporación RTVE que establece la Ley 8/2009 ha sido examinado detenidamente por la Comisión Europea desde la pers-

⁴⁴ Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de mayo de 2009 por el que se aprueba el Informe a la Vicepresidenta Primera del Gobierno y al Ministerio de la Presidencia sobre el Anteproyecto de Ley de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (Expediente RO 2009/1747).

pectiva de la competencia y desde el punto de vista de la legislación sobre telecomunicaciones.

Sobre el primer aspecto se pronunció la Comisión Europea el 20 de julio de 2010, tras haber iniciado en diciembre de 2009⁴⁵ una investigación formal para determinar si el nuevo modelo de financiación de la Corporación RTVE era compatible o no con la legislación comunitaria sobre ayudas estatales. La Comisión Europea concluyó que el plan de financiación de la Corporación Radiotelevisión Española era conforme a las normas europeas sobre ayudas estatales al garantizar que la Corporación RTVE no recibiría una compensación excesiva por prestar el servicio público de radiodifusión. Además consideró que el importe concedido a la Corporación RTVE sólo estaba determinado por el coste neto de funcionamiento del servicio público y que no dependía de los ingresos generados por los nuevos impuestos con cargo a los operadores. Esta Decisión de la Comisión fue recurrida por Telefónica ante el Tribunal General de la Unión Europea en abril de 2010, que la confirmó en su sentencia de 11 de julio de 2014⁴⁶. También esta sentencia fue recurrida en casación por DTS Distribuidora de Televisión Digital y por Telefónica, que solicitaban su anulación. Este recurso fue desestimado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 10 de noviembre de 2016.

La Comisión Europea no tuvo las cosas tan claras respecto a la compatibilidad de la nueva aportación con cargo a los operadores de telecomunicaciones prevista en la Ley 8/2009 con la legislación comunitaria sobre telecomunicaciones y, en marzo de 2011, denunció a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al considerar que las tasas que se imponen a los operadores de telecomunicaciones eran incompatibles con las normas europeas en materia de telecomunicaciones, en concreto, con la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. El artículo 12 de esta norma dispone que únicamente se pueden imponer tasas a los operadores de telecomunicaciones para sufragar determinados costes administrativos y reglamentarios, y que las tasas han de ser objetivas, transparentes y proporcionadas. Por ello, consideraba la Comisión que las tasas no podrían servir para financiar cualquier otra cosa como, en este caso, la televisión pública.

En este punto es importante señalar que el 27 de junio de 2013, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia⁴⁷ en la que avalaba el sistema de financiación de la televisión pública francesa, que establecía un impuesto especial a los operadores de telecomunicaciones electrónicas muy similar al establecido por la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Tele-

⁴⁵ Ayuda de Estado C 38/2009 (ex NN 58/2009) –España. Nuevo sistema de financiación basado en los impuestos para los organismos de radiodifusión en España–. Bruselas 2-12-2009 C (2009) 9313 final.

⁴⁶ Asunto T-151/11.

⁴⁷ Asunto C-485/11.

visión Española. El Tribunal, en su argumentación, consideró que este impuesto no era una tasa administrativa en el sentido de la Directiva 2002/20/CE, puesto que no se trataba de una tasa vinculada al procedimiento de autorización general de acceso al mercado de la comunicación electrónica, o a la concesión de radiofrecuencias o números. El hecho imponible del impuesto controvertido estaba relacionado con la prestación del servicio en Francia, por cualquier operador, del servicio de comunicaciones electrónicas. Se trata, pues, de un impuesto que grava la actividad de estas empresas y que, por tanto, no está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

Tras esta sentencia, la Comisión Europea retiró su denuncia contra España por la tasa impuesta en la Ley de Financiación a los operadores de telecomunicaciones, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea archivó el recurso mediante auto de 17 de julio de 2013.

Más arriba explicábamos cómo la nueva Ley de financiación incrementa los fondos públicos con los que se va a financiar a la Corporación RTVE y suprime la publicidad.

Ahora bien, este sistema único de financiación basado en ingresos públicos difícilmente cumple, en mi opinión, con los principios de proporcionalidad y transparencia exigidos por la Comisión Europea, al considerarse que toda la programación de la Corporación Radio Televisión Española, con independencia de los contenidos, y por el mero hecho de ser emitida por el ente público, cumpliría la función de servicio público.

El artículo 33 de la Ley 17/2006 define el concepto “coste neto del servicio público” como la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora del servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones.

Por su parte, el art. 3.1 de la Ley de Financiación establece que los ingresos obtenidos de las compensaciones, del porcentaje sobre el rendimiento de la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico y de las aportaciones de los operadores de televisión y telecomunicaciones sólo podrán ser destinados por la Corporación RTVE a financiar actividades que sean de servicio público, y no se podrán utilizar para sobrecotizar frente a competidores de derechos sobre contenidos de gran valor comercial.

Si nos centramos en la noción de “coste neto del servicio público” definida en la Ley 17/2006 vemos cómo se trata de un concepto pensado para sufragar con ingresos públicos cualquier gasto en que pudiera incurrir la Corporación RTVE. Según esta definición, el coste del servicio público no depende del coste real de las actividades de servicio público que realice la Corporación RTVE, sino que es simplemente una diferencia entre los costes de la Corporación y los ingresos distintos de la propia compensación.

De esta forma, al coste total habría que restarle el resto de ingresos distintos de la compensación entre los cuales, a partir de la Ley 8/2009, se encuentran otros ingresos públicos como las aportaciones de los operadores y el porcentaje sobre la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico⁴⁸.

La noción de “coste neto” que contiene la Ley 17/2006, y que viene a determinar el importe de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, es independiente del coste real que tenga el servicio público y de los ingresos públicos que en realidad recibe la Corporación RTVE. Como señala el artículo 3.1 de la Ley de Financiación, las aportaciones y el porcentaje sobre la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico sólo se podrán destinar a sufragar actividades de servicio público. Sin embargo, el coste de las actividades de servicio público que se sufraguen con los ingresos públicos obtenidos de estas fuentes, no quedaría incluido dentro del concepto de “coste neto del servicio público” del artículo 33 de la Ley 17/2006⁴⁹.

Parece así que el legislador ha querido diseñar un sistema de financiación única en el que cualquier gasto en que incurra la Corporación sea sufragado con ingresos públicos.

El problema está en determinar qué actividades de la Corporación RTVE son realmente de servicio público pues, para cumplir con los principios de proporcionalidad y transparencia exigidos por la Comisión, sólo estas actividades, y no las comerciales, podrían ser sufragadas con ingresos públicos⁵⁰.

Si todos los gastos en los que incurra la Corporación RTVE se pueden costear con ingresos públicos, toda su actividad debería ser de servicio público. Sin embargo, la realidad es bien distinta ya que no parece que la Corporación RTVE se vaya a

⁴⁸ Deja de tener sentido así la definición de “coste neto del servicio público” que hace el artículo 46.1 del Mandato-marco a la Corporación RTVE (previsto en el artículo 4 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, y aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 11 de diciembre de 2007 y por el Pleno del Senado en su Sesión de 12 de diciembre de 2007) en el que aparece como la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora del servicio público y sus ingresos de actividad comercial. Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2009 se deben adaptar o suprimir los artículos del mandato-marco que se opongan a ella (Disposición adicional primera de la Ley 8/2009).

⁴⁹ Estas cantidades se restarían a los costes totales para calcular el importe del coste neto del servicio público.

⁵⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Televisión pública. En especial la televisión estatal”, en *Derecho de la Regulación. V. Audiovisual*, Iustel, 2011, pp. 141, entiende que “toda la actividad televisiva, a excepción de la que genera ingresos comerciales, supone formalmente el cumplimiento de la función de servicio público encomendada. Y ello porque el coste neto del servicio no es otra cosa que el coste real de todas las actividades que se desarrollan, cualesquiera que sean, una vez descontados los ingresos comerciales. En definitiva, los gastos de las televisiones de titularidad pública terminan siendo sufragados en su totalidad o parcialmente, en función de la magnitud de sus ingresos comerciales que, en su caso, puedan obtener. Por ello, en sí mismo, nada se nos dice, obviamente, acerca de si esa financiación pública va destinada o no a un determinado tipo de programación distinta de la que realizan o pueden realizar otros operadores privados de televisión”.

dedicar exclusivamente a emitir programas de servicio público, sino que va a seguir emitiendo programas comerciales similares a los que emiten las televisiones privadas y producir programas audiovisuales que competirán directamente en el mercado de contenidos con los producidos por otras cadenas nacionales o foráneas⁵¹.

2.3. La financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual en la Ley General de Comunicación Audiovisual

La Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, se presenta como una norma básica tanto para el sector privado como para el público, en la que se fijan unos principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. Estos principios siguen la normativa y recomendaciones comunitarias sobre financiación pública compatible con el Derecho Europeo, control independiente a través de organismos reguladores y garantía y protección de derechos⁵². Así, como veremos, la Ley diseña un sistema de financiación del servicio público en el que los ingresos públicos se destinarán, en exclusiva, a sufragar el coste neto del servicio⁵³.

Esta Ley dispone que el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales deberán determinar normativamente, para su ámbito de competencia, el sistema de financiación de su servicio público de comunicación audiovisual, que habrá de ser compatible con la normativa vigente en materia de competencia (art. 43.1).

Tal y como hemos explicado, el Estado estableció el sistema de financiación de la Corporación RTVE en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (desarrollada por el Real Decreto

⁵¹ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Televisión pública. En especial la televisión estatal”, en *Derecho de la Regulación. V. Audiovisual*, Iustel, 2011, pp. 137-138, interpreta que puesto que la determinación de cuáles son las actividades distintas del servicio público es prácticamente imposible de realizar, la Comisión “se ciñe en afirmar, una vez constatada la debilidad del criterio, que lo único seguro es la exclusión de la misión de servicio público de lo que son actividades estrictamente comerciales, entendiéndose por tales, fundamentalmente, la publicidad comercial televisiva a la cabeza. Todas las demás serán, en principio, actividades de servicio público, siempre que, tal como añade la Comisión en las Comunicaciones referidas, compongan una programación variada y equilibrada, de calidad y respetuosa del pluralismo y la diversidad cultural y lingüística de la sociedad, así como idóneas para satisfacer las necesidades democráticas, sociales y culturales y de acceso universal, tanto geográficamente como económica y culturalmente”.

⁵² Vid. Exposición Motivos Ley 7/2010.

⁵³ Sobre la financiación de las televisiones públicas en la Ley General de Comunicación Audiovisual vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Televisión pública. En especial, la Televisión Estatal”, en *Derecho de la Regulación Económica. V. Audiovisual*. Iustel, 2011 pp. 132-143; DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual: del servicio público a la liberalización de un sistema dual”, en *Derecho de la Regulación Económica. V. Audiovisual*. Iustel, 2011, pp. 70-75.

1004/2010, de 5 de agosto), que tiene como finalidad regular un sistema único de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española basado en ingresos públicos. Este modelo de financiación para la televisión de titularidad del Estado se ha mantenido en la Ley General de Comunicación Audiovisual cuyo art. 43.2 dispone que “los servicios de interés económico general de comunicación audiovisual radiofónica, televisiva, conexos e interactivos de titularidad estatal no admitirán ninguna forma de comunicación comercial audiovisual, ni la emisión de contenidos audiovisual en sistemas de acceso condicional, sin perjuicio de las excepciones que su normativa específica de financiación establezca”.

La Ley General de Comunicación Audiovisual parte de la base de que la financiación pública que reciben los prestadores públicos de servicios de comunicación audiovisual sólo se podrá destinar a sufragar el cumplimiento de la función de servicio público y, en ningún caso, podrá sostener actividades ni contenidos ajenos a ella (art. 41.4). Esto no significa que no puedan realizar actividades comerciales (con la excepción de la comunicación comercial audiovisual y la emisión de contenidos en acceso condicional en la televisión pública estatal –art. 43.2 LGCA–), sino que no podrán asignar fondos públicos a dichas actividades. De ahí la importancia de que se delimite con claridad y precisión qué actividades estarían incluidas dentro de la función de servicio público, y que existan cuentas separadas de las actividades de servicio público y del resto de actividades que realicen los prestadores públicos, que permitan controlar el destino de esta financiación pública. Lo que sí tienen prohibido concretamente los prestadores de televisión de titularidad pública es dedicar canales exclusivamente a emitir comunicación comercial (art. 43.3).

Este esquema es el que ya se había seguido en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, cuyo artículo 3.1 establece que los ingresos obtenidos de las compensaciones, del porcentaje sobre el rendimiento de la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico y de las aportaciones de los operadores de televisión y telecomunicaciones sólo podrán ser destinados por la Corporación de Radio y Televisión Española a financiar actividades que sean de servicio público y no se podrán utilizar para sobrecotizar frente a competidores de derechos sobre contenidos de gran valor comercial.

Ahora bien, para que se pueda controlar el destino de la financiación pública resulta necesario, por un lado, que exista una definición clara de servicio público que permita conocer con exactitud en qué consiste, para lo que van a jugar un papel esencial el mandato-marco y los contratos-programa. Y, por otro lado, es fundamental saber cuál es el coste real del servicio público al que se destinan los fondos públicos debiendo llevar al tal fin los prestadores públicos del servicio de comunicación audiovisual cuentas separadas por actividades y un sistema de contabilidad analítica.

2.3.1. *La función de servicio público audiovisual: definición*

La existencia de una definición de la función de servicio público que han de realizar las radios y televisiones públicas es clave para conocer cómo han de ser estos medios y en qué va a consistir el servicio público de radio y televisión encomendado a los prestadores públicos por el que van a recibir financiación pública y, de esta forma, establecer mecanismos de control adecuados.

Como ya hemos visto y analizado, la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2009 sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión⁵⁴ destaca la importancia de la definición de la función de servicio público y la erige como uno de los requisitos necesarios para que la financiación pública de los organismos públicos de radiodifusión sea compatible con el Derecho Europeo.

Siguiendo las líneas marcadas por la Comisión, la Ley General de Comunicación Audiovisual delimita la función de servicio público de comunicación audiovisual⁵⁵. Para ello distingue, en el seno de dicho servicio, por un lado, la misión que tiene encomendada y, por otro, su objeto.

Así, el servicio público de comunicación audiovisual tiene como misión difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual. Además, los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual deberán atender a aquellos ciudadanos y grupos sociales que no son destinatarios de la programación mayoritaria (art. 40.1 LGCA).

En cumplimiento de estas misiones, el servicio público de comunicación audiovisual tendrá por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio, televisión y servicios de información en línea con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros, destinadas a satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad, y a preservar el pluralismo en los medios de comunicación (art. 40.1 LGCA).

Se prevé, pues, un servicio de comunicación audiovisual amplio, que comprende la creación de un programa, su edición y su difusión a los receptores, garantizando la transmisión a todos los ciudadanos, y el acceso de todos ellos a los contenidos que se ofertan a través de canales con una programación variada, que asegure una comunicación plural, que cubra las exigencias de todo tipo de público y que no se

⁵⁴ DO n° C 257, de 27/10/2009.

⁵⁵ Sobre el contenido y las funciones de la televisión pública *vid.* BOIX PALOP, A., “Crisis y transformación del modelo de televisión autonómica en España en el contexto europeo”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 24, enero-junio 2013, pp. 158-161 y 167-173.

guíe sólo por intereses comerciales. Esto es, un servicio destinado al cumplimiento de unos objetivos de interés general, que no sólo se base en la idea de satisfacer grandes audiencias.

Llama la atención que en la Ley no se distingue entre programas comerciales y programas de servicio público. Parece, pues, que el conjunto de la programación, que debería cumplir con las misiones y objetivos generales marcados por la Ley, sería de servicio público. Ahora bien, para que toda la programación sea realmente de servicio público ha de ser una programación de calidad, variada, neutral, objetiva, veraz, e independiente.

Precisamente, para garantizar que la información que se trasmite sea plural, imparcial y verídica, la redacción originaria de la Ley (art. 40.1 último párrafo) prohibía a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos, así como la de aquellos que establecieran los mandatos-marco que se aprobasen para cada ente encargado de la gestión del servicio público. Además, se les obligaba a impulsar la producción propia de su programación de forma que ésta abarcara la mayoría de los programas difundidos en las cadenas generalistas. Esta prohibición ha sido eliminada por la Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos⁵⁶ que suprime estos dos párrafos como medida adicional para dotar a las Comunidades Autónomas de una mayor flexibilidad en la prestación del servicio público permitiendo, pues, que los prestadores de servicio público de ámbito autonómico establezcan acuerdos para la producción o edición conjunta de contenidos con el objeto de mejorar la eficiencia de su actividad.

No obstante, esta prohibición sigue el vigor para la televisión estatal, que se regula por su propia Ley específica, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal, cuyo artículo 7.5, en la redacción dada precisamente por la propia Ley General de la Comunicación Audiovisual, y que no se modifica por la Ley 6/2012, establece que dicha Corporación no podrá ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determine el mandato marco.

Para concretar las misiones que se establecen en la Ley con carácter general, se prevén dos mecanismos, que habrán de ser aprobados de forma periódica. Por un lado, los objetivos generales de la función de servicio público se establecerán normativamente para un periodo de nueve años. Y por otro, su desarrollo y concreción para todos y cada uno de sus canales, se llevará a cabo para plazos inferiores, mediante la suscripción por el Estado y las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos de competencia, de los correspondientes contratos programa. En

⁵⁶ Artículo Único punto Dos: “se suprimen los párrafos tercero y cuarto del apartado 1 del artículo 40”.

ellos habrán de identificarse de manera expresa los contenidos de servicio público y deberán concretarse los porcentajes de géneros de programación que deban emitirse en los canales gestionados por un mismo prestador (art. 41.1).

Como hemos visto, la Ley lo que hace es establecer con carácter general unas misiones y objetivos de la función de servicio público. Y será de estos dos instrumentos de lo que dependa realmente la concreción de lo que ha de entenderse por el servicio público de comunicación audiovisual, y lo que nos va a permitir conocer de forma precisa en qué consiste este servicio. Así, la existencia de una definición clara y exacta, fundamental para determinar el destino que se da a la financiación pública, depende de cómo se realice esta concreción.

En este sentido, la Ley General de Comunicación Audiovisual a la hora de definir el servicio público ha seguido el esquema que contenía ya la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal⁵⁷, que ya hemos explicado anteriormente.

Respecto al control de la misión de servicio público, la Ley General de Comunicación Audiovisual atribuye expresamente el control de la gestión y del cumplimiento de la función de servicio público, por un lado, a las Cortes Generales, a los Parlamentos autonómicos y, en su caso, a los órganos de gobierno local y, por otro lado, a las autoridades audiovisuales competentes. Serán estas últimas las encargadas de evaluar, cuando se quieran incluir nuevos servicios, si éstos se ajustan a la misión de servicio público y si alteran la competencia en el mercado audiovisual (art. 41.2). Además, habrán de establecer un procedimiento para que se pueda recabar su intervención en caso de incumplimiento de la función de servicio público (art. 41.3) y para determinar tanto un procedimiento de control periódico de la financiación pública que reciban los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual, como las medidas de reequilibrio necesarias para que su destino sea el establecido en la Ley (art. 43.9).

Es precisamente la existencia de un organismo independiente de la dirección de organismo público de radiodifusión encargado de supervisar, de manera transparente y eficaz, el cumplimiento por parte de éste de su misión de servicio público, otro de los requisitos que, como ya explicamos, establecía la Comisión Europea en su Comunicación de 2 de julio de 2009, en la que se hacía hincapié en que los Estados miembros debían contar con mecanismos adecuados y eficaces, independientes del organismo público de radiodifusión, que controlasen que no existiera ninguna sobrecompensación contraria al principio de proporcionalidad.

⁵⁷ Sobre al noción de servicio público en la Ley 17/2006, *vid.* CHINCHILLA MARÍN, C., “La reforma de la radio y la televisión públicas...”, *op. cit.*, pp. 300 a 305; y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “La nueva Corporación RTVE y el «servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado». Una aproximación crítica a la Ley 17/2006, de 5 de junio”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 66, 2007, pp. 112 a 120.

Por ello la Ley contempla, como acabamos de ver, el control de la función de servicio público por autoridades audiovisuales y prevé, como novedad, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Este Consejo ni se ha llegado a constituir ni lo hará en el futuro, ya que sus funciones han sido asumidas por un órgano diferente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada por Ley 3/2013, de 4 de junio.

2.3.2. *La determinación del coste neto del servicio público*

Serán las autoridades competentes las que, al desarrollar los objetivos generales de la función de servicio público, determinen las reglas para establecer el coste neto y para obtener la compensación a que haya lugar, así como su devolución cuando sea excesiva, que se concretará en el correspondiente acto de encomienda de la gestión del servicio público (art. 41.4 LGCA).

La Ley General de Comunicación Audiovisual define el coste neto como la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora de servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones (art. 43.6 LGCA)⁵⁸.

Hasta aquí, la definición es exactamente igual que la que contiene el art. 33 de la Ley 17/2006, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal⁵⁹ que, a mi juicio, está pensada para sufragar con ingresos públicos cualquier gasto en que pudiera incurrir la Corporación de Radio y Televisión Española. Según esta definición, el coste del servicio público no depende del coste real de las actividades de servicio público que realice la Corporación sino que es simplemente una diferencia entre los costes totales de la Corporación y sus ingresos distintos de la propia compensación⁶⁰.

Sin embargo, la Ley General va más allá y añade dos párrafos fundamentales que vienen a solucionar este problema. Por un lado, señala que en los ingresos deberá constar información detallada de las fuentes y cuantía de los ingresos derivados de las actividades de servicio público y de los que no lo son (art. 43.6 LGCA). Esto permitirá conocer con exactitud el origen de los ingresos y su naturaleza pública o privada.

⁵⁸ Sobre la determinación del coste neto del servicio público en la Ley General de Comunicación Audiovisual, *vid.* ANDRÉS SEGOVIA, B., *Las transformaciones de la televisión pública valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 95-97.

⁵⁹ “(...) se considera coste neto la diferencia entre los costes totales y sus otros ingresos distintos de las compensaciones”.

⁶⁰ Sobre esta cuestión *vid.* MEDINA GONZÁLEZ, S., “La financiación de los medios públicos de comunicación a la luz del Derecho Europeo de la Competencia: la nueva Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal”, *Revista de Administración Pública*, nº 171, 2006, p. 310.

Y por otro, dispone que en los costes se considerarán sólo los gastos contraídos en la gestión del servicio público, pues son únicamente estos gastos los que pueden recibir financiación pública. De este modo, los costes derivados de actividades que no son servicio público deberán identificarse claramente y contabilizarse por separado, pues estos gastos no podrán sufragarse con ingresos públicos. Cuando los costes procedan de desarrollar, simultáneamente, actividades de servicio público y otras que no lo son, se asignarán proporcionalmente. En el caso de que sean atribuibles en su totalidad a actividades de servicio público, pero que beneficien a actividades que no lo son, se asignarán íntegramente a la actividad de servicio público (art. 43.6 LGCA).

Con ello, ya no se podrá sufragar con ingresos públicos cualquier gasto en el que incurra el prestador público del servicio de comunicación audiovisual, sino que sólo los gastos derivados de la gestión del servicio público podrán recibir financiación pública.

Esta distinción es fundamental para que se cumplan los principios de proporcionalidad y transparencia exigidos por la Comisión. Como regla general, para cumplir con el principio de proporcionalidad es necesario que el importe de la compensación pública no supere los costes netos del servicio público, tomando también en consideración otros ingresos directos e indirectos derivados de dicha misión. Así, la Ley General prevé que cuando la financiación pública exceda del coste neto del servicio, habrá de reembolsarse o se minorará de la compensación presupuestada para el ejercicio siguiente (art. 43.4 LGCA).

Sin embargo, en los términos establecidos por la Comisión Europea en la Comunicación de 2 de julio de 2009, la Ley permite a los prestadores del servicio conservar una sobrecompensación anual que supere los costes netos del servicio público (como “reservas de servicio público”), en la medida que esto sea necesario para garantizar la financiación de sus obligaciones de servicio público. De este modo, podrá mantener reservas de hasta un 10% de la financiación anual presupuestada para el cumplimiento del servicio público. De forma excepcional, podrán mantenerse reservas superiores al 10%, previa autorización, y sólo en los casos debidamente justificados, para cubrir necesidades de servicio público. El uso de estas reservas está limitado por un plazo máximo de cuatro años. Las reservas que no sean utilizadas al cabo de este periodo se tendrán en cuenta para el cálculo de la compensación durante el siguiente período. En todo caso, al término de cada período de cuatro años se comprobará si se ha mantenido un nivel de reservas superior al 10%, en cuyo caso deberá ajustarse a la baja la compensación por el servicio público prestado (art. 43.8).

La Ley General de Comunicación Audiovisual, siguiendo también las directrices marcadas por la Comisión y con el fin de que ningún prestador público de servicios de comunicación audiovisual realice actividades que den lugar a falseamientos desproporcionados de la competencia que no sean necesarios para el desempeño

de la misión de servicio público, les prohíbe, por un lado, subcotizar los precios de su oferta comercial y de servicios y, por otro, utilizar la compensación pública para sobrepujar frente a competidores privados por derechos de emisión sobre contenidos de gran valor en el mercado audiovisual (art. 43.7).

Ahora bien, para poder cuantificar el coste neto del servicio público, y controlar el destino de la financiación pública, la Ley exige a los prestadores de este servicio que lleven cuentas separadas por actividades y un sistema de contabilidad analítica que separe la imputación de ingresos y costes de la actividad de servicio público, de los contenidos comerciales y de las restantes actividades. Además, deberán proceder progresivamente a la separación estructural de sus actividades para garantizar los precios de transferencia y el respeto a las condiciones de mercado⁶¹ (art. 43.5).

Resulta primordial, pues, que se diferencien claramente las actividades de servicio público por las que se va a recibir financiación pública de las actividades comerciales. Sólo así se cumplen los requisitos exigidos por la Comisión.

La 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, añade un nuevo apartado al art. 43, el 8.bis, que impone una serie de obligaciones a los prestadores de titularidad pública del servicio de comunicación audiovisual de ámbito autonómico con el objeto de garantizar un mejor cumplimiento de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Así, cada año deberá aprobarse un límite máximo de gasto para el ejercicio económico correspondiente que no podrá rebasarse.

Además, la memoria y el informe de gestión de sus cuentas anuales deberán hacer referencia expresa al cumplimiento del equilibrio y sostenibilidad financieros. En el caso de que, con carácter excepcional, las cuentas no estuvieran en equilibrio financiero, los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual autonómicos habrán de presentar, para su aprobación, al órgano competente de la Comunidad Autónoma, una propuesta de reducción de gastos para el ejercicio siguiente igual a la pérdida o déficit generado. Las aportaciones patrimoniales, contratos programas, encomiendas, convenios o cualesquiera entregas de la Comunidad Autónoma en favor, directa o indirectamente, de estos prestadores de titularidad pública del servicio público de comunicación audiovisual requerirán la puesta en marcha de la reducción de gastos aprobada.

Por otra parte, se obliga a los prestadores del servicio público de ámbito autonómico a presentar ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma, antes de 1 de abril de cada año, un informe en el que se ponga de manifiesto que la gestión del ejercicio inmediato anterior se adecúa a los principios de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁶¹ Todo ello conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia.

Por último, las Comunidades Autónomas están obligadas a establecer sistemas de control, incluidas auditorías operativas⁶², que permitan la adecuada supervisión financiera de sus prestadores de titularidad pública del servicio público de comunicación audiovisual con especial atención al equilibrio y sostenibilidad presupuestaria.

V. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar, la Ley General de Comunicación Audiovisual ha seguido de una forma general las exigencias europeas para que puedan declararse compatibles con el Derecho Europeo las ayudas públicas que reciben los organismos públicos de comunicación audiovisual. Sin embargo, serán las distintas leyes que regulen las radios y las televisiones públicas y su financiación en los distintos ámbitos territoriales, las que deberán concretar y desarrollar lo dispuesto en esta Ley con carácter básico, y de las que dependerá, en último extremo, el cumplimiento de los requisitos marcados por la Comisión Europea.

En relación a la normativa estatal por la que se prevé el régimen jurídico de la radio y televisión de titularidad estatal y su sistema de financiación, hay que resaltar que aunque se inspira en los principios y directrices establecidos por la Unión Europea, el cumplimiento de alguno de los requisitos resulta más que discutible.

El gran problema de origen, desde mi punto de vista, está en que no sabemos con exactitud en qué consiste el servicio público al que se va a destinar la financiación pública. Parece que toda la actividad televisiva, por el hecho de ser emitida por el ente público, y con independencia de los contenidos que se emiten, es servicio público y por tanto, se puede financiar con ingresos públicos. Esto dificulta enormemente poder cumplir con los requisitos de proporcionalidad y transparencia exigidos por la Unión Europea.

En este punto, es especialmente llamativo cómo a fecha de hoy no se ha suscrito el contrato-programa entre la Gobierno y la Corporación Radio Televisión Española al que obligaba la Ley General de Comunicación Audiovisual, siendo como es, un instrumento fundamental para concretar y acotar el servicio público, y poder controlar el destino de la financiación pública.

Por tanto, si bien es cierto que las últimas reformas legislativas del sector audiovisual han tenido como uno de sus objetivos el cumplimiento de las directrices marcadas por la UE sobre financiación pública compatible con el Tratado, y que desde Europa se ha considerado compatible con las normas europeas este sistema

⁶² Según este artículo (43.8.bis), se entenderá por auditoría operativa el examen sistemático y objetivo de las operaciones y los procedimientos realizados por la entidad con el objeto de proporcionar una valoración independiente de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de la buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones oportunas en orden a la corrección de aquéllas.

de financiación, en mi opinión, siguen existiendo serias dudas sobre dicha compatibilidad, que se derivan fundamentalmente de la falta de concreción de lo que es el servicio público.

RESUMEN: La financiación de las televisiones públicas y su compatibilidad con el Derecho Europeo de la Competencia es un tema que ha preocupado mucho a las autoridades públicas españolas, sobre todo, desde la publicación de la Comunicación de la Comisión Europea de 15 de noviembre de 2001, sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, que fue sustituida en el año 2009 por una nueva Comunicación de 2 de julio. De este modo, ante los problemas que planteaba la adecuación del sistema de financiación de los organismos públicos de radio y televisión en España al Derecho Europeo de la Competencia, se llevaron a cabo varios intentos para adaptar este sistema a las directrices, orientaciones y tendencias marcadas en el seno de la Unión Europea, que culminaron con la aprobación de unas normas que resultan fundamentales en la configuración actual del sector: la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de titularidad del Estado; la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación Radio Televisión Española; y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual. El sistema de financiación de la Corporación Radiotelevisión Española diseñado por la Ley del año 2009 ha sido avalado tanto por la Comisión Europea como por el Tribunal General de la Unión Europea y, muy recientemente, por el Tribunal de Justicia.

PALABRAS CLAVE: audiovisual, financiación, televisiones públicas, Corporación Radio Televisión Española, competencia.

ABSTRACT: Funding public broadcasting corporations and their compatibility with the European Competition Law has been a concern for the Spanish public authorities, especially since November 15, 2001, when the European Commission published a Communication on how to apply the regulations regarding government grants for public broadcasting services. On July 2, 2009, a new Communication replaced it. Thus, considering the problems arisen from adapting the system to fund the Spanish Broadcasting Corporation to the new European Competition Law, various attempts were made to adapt this system to the guidelines, orientations and trends defined by the European Union, which concluded with the passing of regulations considered fundamental to the current scenario of the sector: Act 17/2006, June 5, Act of state-owned Radio and Television; Act 8/2009, August 28, Act regarding the funding of Spanish Broadcasting Corporation; and Act 7/2010, March 31, Law of Audiovisual Communications. The funding system of the Spanish Broadcasting Corporation set by the Act of 2009 has been confirmed both by the European Commission and recently by the European Court of Justice..

KEY WORDS: audiovisual, funding, public broadcasting, Spanish Broadcasting Corporation, Competition Law.