

IPN 69/12 ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 8 de febrero de 2012, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en el que analiza las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 20 de enero de 2011. La documentación remitida consiste en una versión del mencionado Anteproyecto, acompañado de una sucinta exposición de motivos. No se adjuntan otros informes ni memorias de acompañamiento.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

La Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, precisaba que *“el Gobierno podrá conceder a las Comunidades Autónomas previa autorización por Ley de las Cortes Generales, la gestión directa de un canal de televisión de titularidad estatal que se cree específicamente para el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma”*. Haciendo valer esta posibilidad, se promulgó la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, que dio origen a las futuras televisiones públicas autonómicas.

Las diferentes Comunidades Autónomas han ido creando organismos públicos para prestar este servicio público, tomando en general como modelo la regulación contenida en la Ley 4/1980 para la televisión estatal. Sin embargo, la relativa uniformidad de todos los entes públicos audiovisuales comienza a romperse con la aprobación de la Ley 17/2006 de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal (aplicable sólo a RTVE). En los años posteriores, algunas Comunidades llevaron a cabo reformas legales que las acercaron al régimen previsto en la Ley 17/2006 (Cataluña, Andalucía, Extremadura, Asturias) mientras otras siguieron con la situación regulatoria anterior.

A todo ello hay que sumar la aprobación de la reciente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA, en adelante), norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público, estableciendo los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. Esta ley ha abierto un proceso de reformas legales autonómicas para adaptarse a la misma, proceso que no ha concluido.

En concreto, el Título IV de la LGCA establece un nuevo marco jurídico general para los prestadores públicos del servicio de comunicación audiovisual. Se define dicho servicio como de interés económico general y se delimitan sus misiones: difundir contenidos que fomenten los valores constitucionales, la formación de opinión pública plural, la diversidad lingüística y cultural y la difusión del conocimiento y las artes, así como la atención a las minorías.

A tal respecto, el art. 40.2 de la LGCA establece que el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos.

A los entes que presten estos servicios la normativa actualmente vigente en la LGCA les impone una serie de obligaciones: a) impulsar la producción propia de su programación de forma que ésta abarque la mayoría de los programas difundidos en las cadenas generalistas; b) no ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquéllos que expresamente determinen los mandatos marco que para cada ente se aprueben en desarrollo del marco competencial correspondiente; c) elaborar los criterios rectores de su dirección editorial por un órgano cuya composición refleje el pluralismo político y social del ámbito de su cobertura.

Los objetivos generales de la función de servicio público se establecerán normativamente para un periodo de nueve años. 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, identificándose de manera expresa los contenidos de servicio público. En particular, habrán de concretarse los porcentajes de géneros de programación, que deban emitirse en los canales gestionados por un mismo prestador. Además, cabe señalar que la financiación pública no podrá sostener actividades ni contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público.

Al desarrollar los objetivos generales de la función de servicio público por cada autoridad competente, se determinarán las reglas para establecer el coste neto de su cumplimiento y para obtener la compensación a que haya lugar, así como su devolución cuando sea excesiva. Dichos criterios deberán ser concretados en el correspondiente acto de encomienda de la gestión del servicio público.

En el anterior contexto regulatorio, la presente reforma de la LGCA viene a flexibilizar los mecanismos de gestión a disposición de las Administraciones que deseen prestar este servicio público, de manera que puedan compatibilizar dicho servicio con los objetivos de contención presupuestaria.

II. CONTENIDO

El Anteproyecto se compone de un **artículo único y una disposición final única**.

El artículo único versa sobre dos cuestiones: por un lado, modifica la redacción del apartado segundo del artículo 40 de la LGCA de forma que a la anterior regulación que precisaba que (“El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos”), se le añade un nuevo párrafo: *“Las Comunidades Autónomas determinarán los modos de gestión del servicio público de comunicación audiovisual, que puede consistir, entre otras modalidades, en la gestión directa, en la gestión indirecta o en diferentes instrumentos de colaboración público-privada”*.

Por otro lado, en relación con los entes que prestan el servicio público de comunicación audiovisual (hay que entender que tanto estatales como autonómicos), se suprimen los párrafos tercero y cuarto del apartado 1 del artículo 40, que señalaban lo siguiente:

“Los entes que presten el servicio público de comunicación audiovisual y sus sociedades prestadoras no podrán ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determinen los mandatos marco que para cada ente se aprueben en desarrollo del marco competencial correspondiente.

Igualmente, impulsarán la producción propia de su programación de forma que ésta abarque la mayoría de los programas difundidos en las cadenas generalistas”.

Los cambios introducidos vienen justificados, según la exposición de motivos del Anteproyecto, por la situación económica y la necesidad por parte del conjunto de las Administraciones Públicas de acometer actuaciones que faciliten la consolidación presupuestaria y el saneamiento de las cuentas públicas. Con las modificaciones introducidas, las Comunidades Autónomas dispondrán de distintas alternativas para determinar el modo de gestión que quieren dotar a su servicio público de comunicación audiovisual, pudiendo consistir bien en una gestión directa, indirecta o a través de instrumentos de colaboración público-privada.

Por su parte, la **Disposición final única** regula la entrada en vigor de la nueva normativa, fijándola para el día siguiente de su publicación en el BOE.

En resumen, las medidas contenidas en la reforma legal ahora planteada se centran en los siguientes puntos: en primer lugar, en relación con todos los entes prestadores del servicio público de televisión, se propone la eliminación de la prohibición de ceder a terceros la producción y edición de ciertos programas y la eliminación de la prohibición de que la producción sea mayoritariamente propia; en segundo lugar, posibilitar que la gestión del servicio público de comunicación audiovisual por parte de las Comunidades Autónomas pueda realizarse de forma directa, indirecta o por colaboración público-privada.

III. OBSERVACIONES

III.1 Contexto e importancia económica de la reforma

A la hora de enmarcar la reforma proyectada, debe atenderse a la importancia de las televisiones públicas autonómicas, así como a su evolución económico-financiera.

Las televisiones públicas autonómicas son importantes actores dentro del sector audiovisual. Complementando al único operador de televisión pública de titularidad estatal y cobertura nacional (CRTVE), **existen en la actualidad trece operadores públicos de titularidad autonómica y cobertura regional**¹.

El origen de la Televisión Pública Autonómica se sitúa en la Ley 46/1983 del Tercer Canal, que facultó a las Comunidades Autónomas para la creación de un canal autonómico, en régimen de concesión. Desde un punto de vista de su **configuración organizativa**, el sector audiovisual autonómico se ha caracterizado por su integración en la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA, integrada por 12 entes de radio y televisión autonómicos, de carácter público, todos menos el de Extremadura) desde 1989 y por el mantenimiento de un sistema de financiación mixto. La organización en FORTA les permite economías de escala y eficiencias en relación con la adquisición de programas y derechos de emisión, la venta de contenidos de titularidad compartida, la venta de espacios publicitarios conjuntamente, la gestión de servicios de noticias y transmisiones, el intercambio de programas y servicios, y la formalización de convenios con las entidades de gestión colectiva de derechos de autor u otros afines.

En cuanto a la **financiación de las TV públicas autonómicas**, a diferencia de la CRTVE, los Operadores de Televisión Pública Autonómica mantienen el modelo de financiación mixto similar al que operaba hasta septiembre de 2009 en el ente público estatal. Este modelo de financiación se basa, principalmente, en los ingresos por la comercialización de espacios publicitarios y de consignaciones presupuestarias públicas. En los últimos años los ingresos de los Operadores de Televisión Autonómica se han visto especialmente mermados por efecto de la fragmentación de la audiencia, debida a la aparición de nuevos operadores impulsados por la transición a la TDT, a lo que se ha unido los efectos de la crisis económica que afecta de especial manera a la inversión publicitaria.

Los datos disponibles no permiten desglosar, con carácter agregado, el **porcentaje de la financiación pública en el total de sus ingresos**. En todo caso, según los datos recogidos en el último informe disponible de la CMT del año 2010, si se considera el conjunto de las TV autonómicas y la estatal, tal participación se encontraría por encima del 30%.

¹ Sólo Navarra, Castilla y León, La Rioja y Cantabria no disponen de televisión autonómica.

Así, tal y como refleja el cuadro nº 1, el sector de servicios audiovisuales en España facturó en dicho año 4.422 millones de euros, lo que supuso un retroceso del 2,1% con respecto a los ingresos registrados en 2009. Esta cifra no incluye las **subvenciones percibidas por los operadores públicos, que en 2010 experimentaron un notable aumento, hasta los 2.288 millones de euros**, explicado en parte por el nuevo modelo de financiación de la CRTVE. De esta cifra se destinaron 275 millones al segmento de la radio y 2.013 millones al de televisión. Si se incluyen las subvenciones, los ingresos totales del sector audiovisual habrían ascendido a 6.711 millones de euros, registrando un avance del 12,4% con respecto al ejercicio anterior.

CUADRO Nº 1 INGRESOS DE SERVICIOS AUDIOVISUALES

(millones de euros)

	2006	2007	2008	2009	2010
Mercado Audiovisual sin subvenciones	5.332,52	5.768,38	5.511,09	4.519,66	4.422,62
Subvenciones	1.190,92	1.026,70	1.277,51	1.450,36	2.288,85
Mercado Audiovisual con subvenciones	6.523,44	6.795,08	6.788,60	5.970,02	6.711,47

Fuente: informe anual 2010 de la CMT. **Nota:** Las subvenciones incluyen los ingresos recurrentes derivados de la financiación pública otorgados por las distintas administraciones y las subvenciones vinculadas a contratos-programa.

Dejando a un lado a la televisión pública estatal, es probable que, en la actualidad, la dependencia de las subvenciones se haya también incrementado en el caso de las autonómicas, en atención a su rendimiento comercial. Desde un punto de vista nacional, **las TV públicas autonómicas vienen reduciendo su cuota de audiencia en los últimos años**. Así, desde el año 2005 al 2010, un reciente informe sitúa dicha bajada en 6 puntos porcentuales (del 17,3 al 11,3%)². Ello constituye un factor adicional por el que estas TV vienen encontrando dificultades para su explotación comercial, a través de la venta de espacio publicitario, sin perjuicio de la coyuntura presupuestaria que están atravesando las Administraciones a las que se encuentran vinculadas. De hecho, de acuerdo con el mismo informe, los ingresos que las TV públicas autonómicas obtienen por publicidad cubrieron sólo un 13% de su coste total en 2009.

No obstante, en el ejercicio 2010, los ingresos por publicidad de las Televisiones Públicas Autonómicas han experimentado cierto repunte por la eliminación de la publicidad de la Televisión Pública Estatal.

²De acuerdo con datos de Kantar Media según figuran en el informe elaborado por la consultora Deloitte de 2011 *Análisis Comparativo de la Televisión Regional en Europa: Estudio de los modelos de Televisión Pública en Europa*.

III.2 Aspectos relevantes para la competencia relacionados con el contenido del Anteproyecto

Las implicaciones del Anteproyecto para la competencia en los mercados relacionados con las televisiones públicas autonómicas **se ciñen a aspectos** muy determinados, **relacionados con la posibilidad de abrir la gestión de este servicio público al sector privado** mediante fórmulas de gestión indirecta o mixta. La reforma no incide en otros elementos relativos al comportamiento de las televisiones públicas de importancia para la dinámica competitiva de dichos mercados, como pueden ser la consideración de este servicio como un servicio esencial de interés económico general, la prohibición de que la financiación pública sostenga actividades o contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público, la compatibilidad del sistema de financiación pública con la normativa de competencia, o la prohibición de utilizar la compensación pública para sobrepasar frente a competidores privados por derechos de emisión sobre contenidos de gran valor en el mercado audiovisual, aspectos todos ellos recogidos por los arts. 40 a 43 de la LGCA y cuya regulación permanece inalterada.

Lo anterior no obsta para plantear la pertinencia de incluir en esta modificación elementos que contribuyan adicionalmente a reforzar las soluciones que los preceptos anteriores pretenden proporcionar a las posibles distorsiones sobre la competencia derivadas de la actuación de las televisiones públicas. En este sentido, en relación con el artículo 43.7, sería de interés establecer a nivel normativo un tope porcentual, en relación con la financiación pública recibida o con el presupuesto total, más allá del cual dichas TV públicas no pudiesen sobrepasar por contenidos Premium.

En todo caso, en la medida en que la reforma no impone un modelo sino que abre el abanico de posibilidades para los prestadores públicos, introduciendo flexibilidad y capacidad de adaptación a la actual coyuntura económica, eliminando restricciones a externalizar ciertos servicios (aparte de la propia gestión del servicio público, la producción y edición de programas informativos y otros contenidos), **el Anteproyecto en cuestión se valora positivamente, considerándose que, incluso, puede contribuir a introducir competencia en dichos ámbitos, además de las ventajas que suponga desde el punto de vista de la gestión de los recursos públicos.**

No obstante, a la vista de las implicaciones que para la competencia pueden tener elementos derivados de la posibilidad de externalizar la gestión del servicio público, cabe realizar determinadas consideraciones en orden a minimizar el impacto sobre la competencia de determinadas decisiones tanto de la Administración Autonómica correspondiente como del gestor del servicio público, de cara a introducir modificaciones en el texto cuya redacción concreta se deja al órgano proponente de manera que se respeten, en todo caso, las competencias exclusivas y compartidas en materia de medios de comunicación y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía

Se parte del hecho de que lo que se pretende posibilitar es la cesión de la gestión del servicio, no la titularidad del mismo, que sigue recayendo sobre una Administración

Pública y en consecuencia dicha Administración tiene la responsabilidad de minimizar dicho impacto.

En primer lugar, debe llamarse la atención sobre las **condiciones del proceso de cesión de la gestión**, para el caso de que las Administraciones Públicas elijan una fórmula de gestión indirecta, o de obtención del socio privado, si se opta por la colaboración público-privada. Aunque no sea imprescindible en sentido estricto, sí **resultaría muy conveniente que el último párrafo del apartado 2 del artículo 40 se refiriese al estricto cumplimiento de la normativa de contratación pública al que vienen obligadas las Comunidades Autónomas** de cara a adjudicar la gestión o a asociarse con un tercero para el cumplimiento de este servicio, en relación con la debida publicidad de la licitación y la garantía de concurrencia, transparencia y no discriminación a lo largo del proceso para los interesados en prestar el servicio, la determinación del plazo del contrato, y el recurso a la colaboración público-privada cuando se haya puesto de manifiesto la imposibilidad de prestar el servicio mediante las restantes fórmulas de contratación.

Un aspecto de particular interés en este sentido es la **medida en que la fórmula escogida para formalizar la relación entre la Administración correspondiente y el prestador del servicio consista en la encomienda de gestión de dicho servicio a una entidad instrumental** de la Administración autonómica de que se trate, creada al efecto o ya existente, realizada directamente y sin previo proceso de licitación pública. Tal posibilidad únicamente se abre, con arreglo a la normativa estatal de contratación pública y a la jurisprudencia nacional y comunitaria consolidada, cuando la entidad receptora de la encomienda es un medio propio o servicio técnico de la Administración en cuestión. Para que se dé tal condición, el actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece que *“los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”*.

A los efectos que nos ocupan, se llama la atención en particular hacia el último inciso de este precepto, que precisa en sede legislativa nacional la necesidad de que la totalidad del capital sea de titularidad pública cuando el supuesto medio propio de la Administración encomendante revista la forma de sociedad mercantil. Tal y como ya habían desarrollado diferentes sentencias comunitarias (por todas, *Carbotermo SpA*³ o *Acosef*⁴), cuando se trata de sociedades mercantiles, la mera participación accionarial, incluso mayoritaria, de la Administración, no garantiza la condición de medio propio, sino que han de concurrir otros requisitos como el control efectivo por parte de la

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 2006.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 2009.

Administración encomendada y la ausencia de participación privada. De lo contrario, resulta aplicable la normativa de contratación pública.

En consecuencia, **si las distintas Administraciones autonómicas deciden variar el modelo de gestión de su Televisión Pública mediante la creación de una nueva entidad instrumental con participación público-privada (por ejemplo, una sociedad de economía mixta), deben aplicarse los principios que rigen en la normativa de contratación pública de cara a la selección del socio privado⁵**, de manera respetuosa con los principios de competencia libre y no falseada e igualdad de trato, lo cual convendría recordar en el texto del Anteproyecto, a los efectos de reforzar la garantía de competencia en el desarrollo de estos procesos de selección.

Más allá del cumplimiento formal de la normativa de contratación pública, **resultaría conveniente reflejar en el texto del apartado 2 del artículo 40** que las distintas Comunidades Autónomas deben diseñar el procedimiento (pliego de condiciones, criterios de valoración...) para **que la elección del gestor o el socio privado permita el máximo recorrido competitivo entre los licitadores**, contribuyendo así a que dicha elección sea la mejor desde el punto de vista de su calidad y sostenibilidad financiera.

En segundo lugar, la posibilidad de externalización de la gestión introducida en el Anteproyecto podría afectar también al funcionamiento de diversos gestores privados en mercados en que los operadores audiovisuales desarrollan normalmente su actividad. Los operadores audiovisuales, además de oferentes de espacio publicitario, son demandantes de bienes y servicios en otros mercados cuyo funcionamiento competitivo resulta particularmente conveniente no perjudicar adicionalmente. Un ejemplo de ello es el transporte de señales audiovisuales, de marcada estructura oligopolística y muy vinculado a otros servicios conexos, como la difusión o la multiplexación de la señal.

En este sentido, y habida cuenta de que estos gestores privados en definitiva están desarrollando un servicio de titularidad pública, **resultaría muy conveniente reflejar en el texto una previsión análoga a la que existe para la Corporación RTVE en su normativa reguladora en materia de contratación para el caso de que se ceda la gestión de las TV públicas autonómicas**. La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y

⁵ Vid, Disposición Adicional Vigésima Novena del TRLCSP.

“Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.

1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.

la televisión de titularidad estatal establece en su art. 30, *Principios y régimen de contratación*, que dicha Corporación y sus sociedades participadas ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con esos principios. Es ésta una previsión que rige para la Corporación en todo caso, incluido cuando su actividad contractual se rige por el ordenamiento jurídico privado, y que constituye una garantía adicional a los supuestos en que ha de ajustarse directamente a la normativa sobre contratación pública. Sin perjuicio de que las diferentes normativas autonómicas que desarrollen esta cuestión la puedan recoger⁶, la **incorporación de una previsión de este tipo por medio de un último párrafo en el modificado apartado 2 del art. 40 LGCA resultaría positiva.**

⁶ En este sentido, por ejemplo, se manifiesta la reciente Ley gallega.