

**REVISIÓN DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA
APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE AYUDAS ESTATALES A
LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSIÓN**

**Sara MEDINA GONZÁLEZ¹
Profesora de Derecho Administrativo UNED (España)**

CUESTIONARIO

1.- GENERALIDADES

En la Comunicación de 11 de noviembre de 2001 sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (DOCE C 320/5, de 15 de noviembre de 2001), la Comisión fijó unos criterios para clarificar y resolver el problema de la compatibilidad de la financiación pública que reciben los organismos públicos de radiodifusión con el Derecho europeo de la competencia, y estableció los principios que deben seguirse en la aplicación del art. 87 y del apartado 2 del artículo 86 del Tratado CE a los sistemas de financiación creados a favor de los servicios públicos de radiodifusión.

Esta Comunicación estableció de forma clara los elementos que tendría en cuenta la Comisión para valorar la compatibilidad de las ayudas otorgadas a los organismos públicos de radiodifusión, en los supuestos en los que tuviera que pronunciarse sobre esta cuestión. Por ello, los organismos públicos de radiodifusión debían cumplir, en todo caso, con estos principios y directrices.

Tras entender que la financiación pública que reciben los organismos públicos de radiodifusión, constituye una ayuda estatal prohibida por el art. 87.1 TCE, la Comisión considera aplicables a este sector, los requisitos y condiciones que vienen siendo exigidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con carácter general en su jurisprudencia, para que una medida pueda beneficiarse de la excepción contenida en el art. 86.2 TCE: que el servicio en cuestión sea un servicio de interés económico general y esté definido claramente como tal por el Estado miembro; que la empresa en cuestión sea 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) obstaculice el cumplimiento de las tareas específicas asignadas a la empresa; y que la excepción a dichas normas no afecte al desarrollo de los intercambios de forma contraria al interés de la Comunidad (proporcionalidad).

En cuanto al primero de ellos (definición), en la Comunicación se indica que es necesario que los Estados miembros establezcan una definición oficial de la misión de servicio público. Si bien entiende como legítima una definición “amplia”, exige que ésta sea clara y precisa, tan exacta como sea posible, e inequívoca, de modo que no quede ninguna duda sobre si el Estado pretende que se incluya o no en la misión de servicio

¹ Sara Medina González, Doctora en Derecho, Abogada y Profesora del Departamento de Derecho Administrativo de la UNED, es autora de diversas monografías, entre ellas *Ayudas públicas y libre competencia en el sector audiovisual*, y de múltiples artículos sobre competencia y sector audiovisual.

público una determinada actividad realizada por el operador al que se encomienda dicha misión.

En cuanto al segundo requisito (misión), la Comunicación requiere que la misión de servicio público se encomiende a una o varias empresas en virtud de instrumento oficial, y que exista una autoridad competente u organismo designado al efecto que controle 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 señala que, aunque la elección del sistema de financiación incumbe a los Estados miembros, los cuales pueden optar por un sistema de financiación única o por una doble financiación, a la Comisión le corresponde comprobar que la aplicación de la excepción del 86.2 en un caso concreto no afecta a la competencia en el mercado común de manera desproporcionada.

Para que la Comisión pueda realizar el control de proporcionalidad se exigen 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 son de servicio público y las que no lo son. En segundo lugar, la separación de cuentas, ya que sólo sobre la base de una asignación adecuada de los costes e ingresos se puede determinar si la financiación pública se limita a los costes netos derivados de la misión de servicio público y puede autorizarse la misma por aplicación del 86.2 y del Protocolo. En último lugar, que los organismos de radiodifusión que se beneficien de ayudas estatales y estén encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general deberán cumplir los requisitos sobre transparencia, recogidos en la Directiva 80/723, de 25 de junio de 1980, sobre transparencia financiera.

Debido a las dificultades que en el sector de la radiodifusión puede plantear la separación de cuentas en la parte correspondiente a los costes, la Comisión considera que, en la contabilización de los ingresos, los operadores de radiodifusión deben 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, deben determinarse con claridad los costes específicos de las actividades ajenas al servicio. Así mismo interpreta que los costes enteramente atribuibles a actividades de servicio público que a la vez benefician a actividades comerciales pueden atribuirse íntegramente al servicio público.

Por último, la Comunicación señala como condiciones necesarias para que se supere la prueba de proporcionalidad, en primer lugar, que la cuantía de las ayudas estatales no debe sobrepasar 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 esté causada por una caída en los precios de el mercado de la publicidad, provocada por el propio operador de servicio público; y, en tercer lugar, que las ayudas no pueden producir efectos negativos, en el sentido de impedir el acceso de otros operadores al mercado, reforzando así una estructura oligopolística del mismo.

Esta Comunicación, en la que se establecieron los principios que la Comisión debía seguir en la aplicación de los art. 87 y 86.2 a la financiación estatal de los servicios públicos de radiodifusión, entendemos que debe ser revisada. Por un lado, porque no se pueden obviar, y deben 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 han 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 público². Por otro lado, porque en los últimos años el sector audiovisual se ha visto sometido a una evolución constante, apareciendo nuevos servicios inexistentes cuando se publicó la Comunicación de 2001, que hacen patente la necesidad de llevar a cabo una actualización. Por último porque, pese al tiempo transcurrido desde la publicación de la Comunicación, la situación de algunos países como España demuestra que aún no se han solucionado los problemas de competencia derivados de la doble financiación que recibe la televisión pública.

Así, el modelo de financiación de las radiotelevisiónes públicas en España plantea múltiples cuestiones, dada la cuantía de las subvenciones públicas que reciben los medios de comunicación de titularidad estatal, su creciente y desproporcionado endeudamiento, los malos resultados de audiencia obtenidos recientemente, y la comercialización de los contenidos que emiten, que se orientan a la obtención de unos mayores ingresos comerciales, sobre todo los publicitarios. De este modo, compiten abiertamente con los operadores privados al emitir unos programas similares a los de estos últimos, olvidando así el cumplimiento de la función de servicio público, que es precisamente lo que justifica el otorgamiento de las subvenciones públicas.

Nos encontramos, pues, con el hecho de que las ayudas públicas que se otorgan a los organismos públicos de radiodifusión se destinan a financiar, no sólo programas de servicio público sino también los programas comerciales que emiten. Las ayudas públicas se unen así a los ingresos comerciales y se utilizan ambos para financiar tanto los programas de servicio público como los programas comerciales. De esta manera, los operadores públicos se colocan en una situación privilegiada respecto de las cadenas comerciales, que no reciben subvenciones públicas y cuya principal fuente de

² En la STJCE de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00, *Almark*, Rep. 2003, pag. I-07747 el TJCE 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 no sea calificada como ayuda de estado incluida en el art. 87.1 TCE. En primer lugar, que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que éstas estén claramente definidas. En segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se establezcan previamente y de forma transparente. En tercer lugar, que la compensación no supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público. Y en cuarto lugar, que el nivel de la compensación se calcule 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

financiación son los ingresos comerciales, lo que distorsiona el mercado y la libre competencia.

Fundamentalmente, tal y como iremos explicando a lo largo de nuestra intervención, la revisión de la Comunicación debería ir orientada a que se incluyeran en su texto las siguientes cuestiones. En primer lugar, sería conveniente que se orientase, de forma más precisa, a los Estados miembros sobre cómo deben realizar definición de servicio público, y que se exhortara (al modo de la Decisión y el Marco sobre compensaciones por servicio público) a los Estados miembros a que realizaran una consulta pública a la hora de definir las obligaciones de servicio público y de valorar si las empresas encargadas de su gestión cumplen estas obligaciones. En segundo lugar, resultaría muy positivo que se previera el modo en que los Estados miembros han de atribuir la misión de servicio público a una determinada empresa, indicando, en todo caso, el contenido mínimo que debe incluir el instrumento por el que se realiza la atribución. Y, en tercer lugar, ante la ausencia de previsiones en la Comunicación al respecto, se deberían incluir, por un lado, reglas específicas sobre la distribución y asignación adecuada de los costes e ingresos, para que se pueda determinar con exactitud si la financiación pública se limita a cubrir los costes derivados de la misión de servicio público y, por otro, la previsión y regulación de los supuestos en los que se produzca una compensación excesiva.

En España, pese a las modificaciones normativas acaecidas tras la publicación de la Comunicación de la Comisión de 11 de noviembre de 2001 (Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por la que se modifican los artículos 2.3, 5.1 y 26 de la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y la Televisión; Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el impulso de la Televisión Digital Terrestre, de la Televisión por Cable, y del fomento del Pluralismo; D.A. 35ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de los Presupuestos Generales del Estado para 2006; Ley 17/2006, de 6 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal), la normativa aplicable a los distintos tipos de televisión sigue partiendo de la configuración de la televisión en general como servicio público (a excepción de la que regula la televisión por cable y por satélite), con independencia de que la actividad televisiva sea realizada por entidades públicas o privadas. Esto significa que tanto unas como otras están obligadas al cumplimiento de las prescripciones derivadas de tal calificación, y que no puede identificarse televisión de servicio público con televisión pública (porque no sólo la televisión pública es servicio público).

Además, no existe hasta el momento³, una determinación legal de las funciones de la televisión de servicio público en general⁴, de su contenido. Si la actividad televisiva aparece configurada como servicio público, con independencia de si es realizada por operadores públicos o por privados, debería existir al menos una definición legal de las funciones de servicio público que deben de ser prestadas tanto por unos como por otros. Así se podría controlar si realmente se están cumpliendo tales funciones, independientemente de que también se definan las funciones de servicio

³ La Ley 17/2006 sólo define la función de servicio público que debe cumplir RTVE.

⁴ En la normativa actual no se identifica televisión de servicio público con televisión pública, pues las cadenas privadas (excepto las que transmiten por cable o satélite) son también gestoras del servicio público de televisión.

público que esté obligada a realizar exclusivamente la televisión pública, las cuales la distinguirían de la televisión privada y justificarían su financiación privilegiada.

Otra cuestión que se plantea es que en España, aún apareciendo configuradas todas las televisiones como servicio público⁵, no todas ellas reciben una financiación privilegiada o especial para cumplir las funciones que se derivan de tal calificación. Solo recibe financiación pública la televisión pública, por lo que es fundamental para que pueda justificarse esta financiación, la clara y precisa determinación de las funciones de servicio público que han de realizar las televisiones públicas, que la diferencien de las privadas, suponiendo la obligación de soportar unas mayores cargas como consecuencia de su realización.

Hasta la Disposición Adicional 16ª de la Ley 24/2001⁶⁷, en la que se atribuye en exclusiva la función de servicio público a RTVE, definiendo en qué va a consistir esta función, no existía en el ordenamiento español determinación legal alguna de los rasgos distintivos de la televisión pública. La Ley 17/2006, de 5 de junio incluye también en su texto la definición de la función de servicio público que está obligada a realizar la Corporación RTVE (art. 4).

No obstante, y a pesar de esta definición, en la práctica nos encontramos ante una situación en la que no se pueden diferenciar entre cadenas públicas y privadas por razón del servicio público que prestan, pues ambas siguen gestionando un servicio público de titularidad estatal. Como consecuencia de ello, son muchas las disposiciones en las que se imponen idénticas obligaciones a unas y a otras. Así, por ejemplo, la Ley del Tercer Canal y las leyes autonómicas reguladoras de las televisiones públicas no imponen ninguna obligación diferente a las que se les imponen a las privadas; y la Ley 25/1994⁸ así como en el Real Decreto 1462/1999⁹ son de aplicación tanto a los operadores públicos como a los privados. No se contienen distinciones en función de la titularidad pública o privada de la televisión.

⁵ Con la excepción de la televisión por cable y por satélite

⁶ La Disposición Adicional 16ª de la Ley 24/2001 define por primera vez en qué va a consistir la función de servicio público, que se atribuye a RTVE (dejándose en manos de las Comunidades Autónomas la atribución y definición de la función de servicio público del tercer canal regional y de la televisión en este ámbito territorial, lo que aún no se ha realizado), con el único fin de cumplir lo más urgentemente posible con las exigencias mínimas establecidas por la Comisión en la Comunicación de 11 de noviembre de 2001, para que no se considerasen incompatibles con el Derecho europeo de la competencia las ayudas públicas que reciben. No obstante, la Disposición Adicional no modificó la configuración de la actividad televisiva en general como servicio público esencial de titularidad estatal que se contenía en el art. 1.2. del ERTV, de manera que las televisiones privadas seguían gestionando el servicio público. Tampoco se concreta en esta Disposición Adicional en qué debe consistir el servicio público de televisión a realizar por los particulares. Lejos de aclarar esta situación, de su texto se desprenden nuevos interrogantes, pues la televisión privada va a gestionar indirectamente el servicio público, pero sin realizar funciones de servicio público, lo que a mi juicio es un contrasentido. Este problema se mantiene tras la entrada en vigor de la Ley 17/2006 de 5 de junio que, si bien deroga el ERTV, mantiene su aplicación a los efectos previstos en la Ley del Tercer Canal y en la Ley de Televisión Privada.

⁸ Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE, de televisión sin fronteras, modificada por la ley 22/1999, de 7 de junio, por la que se incorpora al ordenamiento español la directiva 97/36/CE.

⁹ Real Decreto 1492/1999, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrollan otros artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

Cuando los operadores privados, en los años ochenta, comienzan a actuar en el mercado audiovisual español, las televisiones públicas se ven en la necesidad de competir abiertamente con ellos, comercializando sus contenidos con el fin de captar una mayor audiencia, y conseguir así mayores beneficios económicos.

Por ello, la realidad del funcionamiento de las televisiones en España dista mucho de cumplir su función de servicio público, ya que al competir por obtener la máxima audiencia, se olvidan de garantizar los objetivos mínimos de servicio público, a pesar de que para las televisiones privadas el art. 24.2 de la Ley 10/1988 califica como infracción muy grave el incumplimiento de los principios expresados en el art. 4 de la Ley 4/1980¹⁰.

La búsqueda de un alto nivel de audiencia con el fin de conseguir grandes resultados da lugar a que se produzca una competencia entre las cadenas, y un acercamiento en los contenidos y la programación de las cadenas públicas y privadas. La competencia entre las cadenas públicas y las privadas provoca que se comercialicen los criterios de programación, buscándose como prioridad la consecución de la máxima audiencia, lo que en muchas ocasiones va en detrimento de la calidad. Así, con el fin de obtener los mayores beneficios, las cadenas televisivas ofrecen programas puramente comerciales, que entran, prioritaria o exclusivamente, en el juego de la oferta y la demanda, lo que no siempre es compatible con el respeto a unos valores, que como televisiones de servicio público, están obligados a atender. La competencia va a dar lugar a que todas las televisiones (ya sean públicas o privadas) ofrezcan contenidos semejantes y programas similares en las mismas franjas horarias, sin que exista, por tanto pluralidad de contenidos ni oferta variada de programas.

En la práctica, los principios establecidos en las leyes reguladoras de la radio y televisión en muchas ocasiones no encuentran reflejo en los programas que ofrecen, cuyo fin prioritario va a ser la consecución de la máxima audiencia, y la obtención de los máximos beneficios económicos.

No deja de sorprendernos la ausencia de previsiones específicas en nuestro ordenamiento jurídico que en las que se regule la competencia que existe en estos momentos entre las televisiones públicas y las privadas, y que principalmente vienen derivados de que las primeras reciban ayudas públicas por la prestación de un servicio que, en muchas ocasiones no difiere del que ofrecen las privadas, que sin embargo no reciben ningún tipo de subvención pública. Este hecho, sitúa a las televisiones públicas en una posición privilegiada en relación a las privadas.

A la situación que acabamos de describir debemos añadirle el hecho de que el sector audiovisual se encuentra en un momento crucial debido a los importantes avances tecnológicos acaecidos en los últimos años. La evolución tecnológica hacia la digitalización, por una lado, permite disponer de un mayor número de canales de televisión, con lo que se incrementa notablemente la información y el contenido audiovisual que reciben los ciudadanos y, por otro, contribuye al aumento del grado de competencia posible en el mercado, al permitir la entrada en el mismo de muchos más

¹⁰ Tras la entrada en vigor de la Ley 17/2006., de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, el ERTV sigue estando en vigor a los efectos previstos en la Ley de Televisión Privada (Disposición Derogatoria Única).

operadores que pueden producir y difundir esa información. De esta forma, se mejora la calidad de los contenidos y se incrementa la oferta televisiva a la que tienen acceso los ciudadanos; se incrementa el nivel de competencia en el mercado, lo que contribuye a una mayor pluralidad en los medios; y aparecen nuevos modelos de negocio que permiten a las empresas ampliar sus actividades con novedosos servicios interactivos. Además, aparecen nuevas posibilidades tecnológicas como la transmisión de televisión y vídeo por ADSL, la televisión por Internet a través de conexiones de banda ancha y el vídeo por UMTS que no están aún reguladas en la legislación. Por todo ello, resulta necesario adaptar la normativa actual a los cambios que se están produciendo y adecuarla a la nueva situación.

Otra cuestión fundamental que no podemos obviar es que, si tenemos en cuenta situación actual del mercado, al que como consecuencia de los avances tecnológicos de los últimos años van a tener acceso nuevos operadores que compiten con técnicas cada vez más agresivas y se mueven por criterios exclusivamente comerciales, resulta cada vez más necesario conservar y cuidar una televisión pública que realice con eficiencia la función de servicio público, y cuyo fin primordial sea la satisfacción del interés general. Una televisión independiente, que garantice la diversidad cultural y la innovación tecnológica, a la que todos tengan acceso, que ofrezca contenidos de calidad, que sea imparcial y plural, que proporcione a los ciudadanos una información objetiva y veraz, y que emita programas para todos los gustos.

Contar con una televisión pública resulta esencial en los sistemas democráticos como garantía de la prestación del servicio a todos, de la formación de la opinión pública libre, de la independencia y neutralidad respecto del poder político, del pluralismo, objetividad y veracidad en la información, y del respeto a la identidad cultural de la comunidad y de las minorías, y a los derechos fundamentales.

La existencia de la televisión pública es necesaria para garantizar que el servicio se va a prestar a todos los ciudadanos de forma adecuada. De este modo, se les permite no sólo disfrutar de una programación de calidad, con respeto a los derechos y valores constitucionales, sino también recibir una información plural, objetiva e imparcial, teniendo en cuenta, en todo caso, a las minorías, a las que se les va a dedicar parte de la programación, aunque esto no sea rentable económicamente. Así la televisión pública fomenta la existencia de una televisión de calidad, que no esté sometida únicamente al mercado competitivo y que contribuya a garantizar el pluralismo social y político, la protección de los grupos más débiles y la igualdad de acceso a ella de todos los ciudadanos, con independencia de su nivel de renta. El cumplimiento de estos objetivos no se podría asegurar si la televisión se dejara exclusivamente en manos de operadores privados, cuya actuación viene condicionada por la consecución de los máximos beneficios económicos, para lo cual debe buscarse la máxima audiencia, sacrificando para ello en muchas ocasiones el cumplimiento de los referidos objetivos, para cuya garantía es necesaria la televisión pública.

2.- EVALUACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 86, APARTADO 2, DEL TRATADO CE, EN COMBINACIÓN CON LA COMUNICACIÓN SOBRE RADIODIFUSIÓN.

La Comunicación de 2001, aunque establece el modo en el que la Comisión debe hacer la prueba de proporcionalidad para determinar si la financiación pública que reciben las televisiones públicas se ciñe verdaderamente a los costes netos derivados de la misión de servicio público se limita, por un lado, a exigir la obligación de separación de cuentas requiriendo a los operadores para que hagan un informe detallado sobre las fuentes y la cuantía de los ingresos derivados de la realización de actividades distintas a las de servicio público, y para que determinen con claridad los costes específicos de las actividades ajenas al servicio público, interpretando que los costes enteramente atribuibles a actividades de servicio público que beneficiasen a actividades comerciales, podían atribuirse íntegramente al servicio público. Y por otro lado, se limita a establecer las condiciones necesarias para que se supere la prueba de proporcionalidad: en primer lugar, que la cuantía de las ayudas estatales no sobrepase 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 esté causada por una caída en los precios de el mercado de la publicidad, provocada por el propio operador de servicio público; y, en tercer lugar, que las ayudas produzcan efectos negativos, en el sentido de impedir el acceso de otros operadores al mercado, reforzando así una estructura oligopolística del mismo.

En la Decisión y el Marco sobre las compensaciones por servicio público se va más allá al especificar, en primer lugar, cómo debe ser la compensación que reciben las empresas encargadas de gestionar un servicio público, cual ha de ser su destino y su fin, y qué elementos la integran; en segundo lugar, cómo ha de realizarse el cálculo de los costes en los que incurre la empresa encargada de gestionar un servicio público; en tercer lugar, qué ingresos han de tenerse en cuenta en el cálculo de dicha compensación; y, en cuarto lugar, cómo proceder en el caso de que se produzca una compensación excesiva. Así mismo, se obliga a que cuando una empresa que realice simultáneamente actividades dentro y fuera del ámbito del servicio de interés general, la contabilidad interna indique por separado los costes y beneficios asociados al servicio de interés económico general y otros servicios, así como los parámetros para la asignación de costes e ingresos.

Todas estas cuestiones, relativas al cálculo e importe de la compensación concedida a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, que no están incluidas en la Comunicación de la Comisión de 11 de noviembre de 2001, deberían tenerse en cuenta en la versión actualizada de la misma, con el fin de que se diesen instrucciones precisas a los Estados miembros sobre el montante, origen y destino de éstas compensaciones para evitar posibles falseamientos de la competencia, máxime si se tiene en cuenta el sistema actual de financiación de las televisiones públicas en algunos países como España, en los que el conjunto de la programación que ofrecen estos organismos públicos (sin distinguir entre las actividades y programas de servicio público y las que no lo son) se financia tanto a través de fondos públicos como de ingresos puramente comerciales.

En España, pese a la Comunicación de 2001, siguen sin solucionarse los problemas que para la competencia supone el sistema de financiación pública de la televisión. Es más, la reciente Ley 17/2006, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal (BOE num. 134 de 6 de junio de 2006), lejos de adecuarse a las exigencias comunitarias para que una ayuda estatal otorgada en compensación por el servicio público de radiodifusión fuera compatible con el mercado común, sigue partiendo de un sistema de doble financiación en el que el conjunto de la programación es financiada por los fondos públicos más los ingresos comerciales, sin que haya una distinción entre lo que son programas de servicio público y los que no lo son.

Así, el capítulo cuarto de la Ley 17/2006 (arts. 29 a 37) regula el régimen económico de la Corporación RTVE, conteniendo importantes novedades respecto del modelo que estableció el Estatuto de Radio Televisión de 1980. El art. 31 LRTTE prevé expresamente límites a la capacidad de endeudamiento de los medios de comunicación de titularidad del Estado. Además, se prevé 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 prestación del servicio público de radio y televisión. Así mismo, deberá incorporar restricciones adicionales a las establecidas con carácter general en la Ley 24/1994, de 12 de julio, para la emisión de publicidad.

De esta forma se está admitiendo, pues, que la financiación del servicio público de radio y televisión sea doble: por una parte, financiación pública con cargo a los Presupuestos Generales y, por otra, financiación privada con ingresos procedentes de la publicidad, eso sí, con restricciones más estrictas que a las que están sujetos los operadores privados.

El art. 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. Así mismo, señala que estas compensaciones no podrán superar el coste neto del servicio público prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario. Coste neto que aparece definido como la diferencia entre los costes totales que haya tenido la sociedad y sus otros ingresos distintos de las compensaciones.

No se solucionan, pues, los problemas que la financiación pública de las televisiones públicas venía planteando desde la óptica del Derecho de la competencia. En efecto, según el art. 33 de la Ley, esta financiación pública no va a depender ni de la buena o mala gestión de la sociedad, ni del coste concreto de la misión de servicio público encomendada, sino que simplemente es una diferencia: la diferencia entre sus ingresos comerciales y sus costes totales, con lo que se coloca a los otros operadores en una clara situación de desventaja competitiva.

Es, por tanto, al conjunto de la programación que emite la Corporación RTVE a la que se destina la financiación pública y no, como cabía de esperar, sólo a los programas destinados al cumplimiento de la misión de servicio público.

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.

El servicio público de televisión no es un servicio público en sentido tradicional, sino que además de ser un concepto impreciso, está en función del grado de desarrollo social, político y económico del lugar y tiempo en el que se presta. Mientras que se acepta mayoritariamente, casi por unanimidad en qué consisten servicios públicos como el de educación, el de sanidad..., no existe pronunciamiento sobre el contenido del servicio público de televisión. Se trata de un concepto que, además de ser impreciso, vago e inconcreto, es variable en función del lugar y del tiempo. No tiene ni puede tener el mismo contenido el servicio público de radio y televisión en un Estado de la Unión Europea que en un Estado de América Latina o África, ni en un mismo Estado en tiempos distintos. Es por ello muy difícil establecer una definición concreta de qué debe de entenderse por servicio público de televisión.

A pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años para dotar de contenido claro al servicio público de radio y televisión, que denotan una importante evolución de la legislación en torno a la definición del servicio público¹¹, sigue sin darse una definición clara y precisa que permita conocer con exactitud qué actividades estarían incluidas dentro del mismo. Esta falta de definición genera innumerables problemas que pueden afectar directamente al Derecho de la competencia pues, mientras que no se defina con claridad y exactitud en qué consiste el servicio público de televisión, es imposible saber cuando las ayudas públicas que reciben las televisiones públicas están destinadas al cumplimiento de funciones de servicio público.

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

¹¹ Así, si bien, en un primer momento, ni el ERTV ni las Leyes que regulaban estos medios contenían ninguna definición sobre el servicio público de televisión, en los últimos años se han realizado varios intentos de dotar de contenido a este servicio público. Vid. como ejemplo de ello la D.A. 16ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social por la que se modificó el ERTV; el Informe elaborado por el Consejo para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado creado por el Real Decreto 744/2004, de 23 de abril; y la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal.

De estos objetivos, se deduce en principio, que el conjunto de la programación de las televisiones y radios públicas va a entrar dentro del concepto del servicio público, y que por tanto, toda ella va a poder recibir financiación pública. No parecen distinguirse los programas de servicio público (que se financiarían exclusivamente con fondos públicos), de aquellos estrictamente comerciales (que se financiarían por publicidad). El problema de unos objetivos tan genéricos del servicio público, está en el control de las ayudas públicas que los organismos públicos reciben para financiar el servicio público. Resulta muy difícil conocer con claridad y exactitud cuándo un programa es servicio público y cuándo no lo es ya que, al ser una definición tan amplia e imprecisa, cualquier actividad pudiera tener cabida dentro del mismo.

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”.

Así mismo, 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. El problema que se plantea es que estas obligaciones están formuladas de forma tan genérica e imprecisa, que impide conocer con claridad y exactitud las obligaciones concretas a las que queda sometida la Corporación RTVE en cumplimiento de la función de servicio público. Como ya comentaba, este tema tiene una importancia capital de cara a la justificación de las ayudas públicas que este ente recibe por el cumplimiento de dichas funciones.

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.

Este apartado es 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, resultando ser de este modo una actividad de servicio público y no una actividad comercial.

Así mismo, la programación de servicio público deberá atender a los colectivos sociales que requieran una atención específica como la infancia y 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) y un contrato-programa de duración trienal, 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).

La definición de la función de servicio público que se introduce es una definición imprecisa, en la que se incluyen gran número de conceptos jurídicos indeterminados que plantean problemas a la hora de saber con exactitud cuando estamos ante una actividad de servicio público. Son conceptos tan vagos e imprecisos que parece que, en principio, el conjunto de la programación que emita la Corporación RTVE podría estar incluida dentro de ella.

Esta definición, por tanto, está lejos de cumplir las expectativas de claridad y exactitud que vienen exigiendo las Instituciones Comunitarias, y es equívoca y confusa, resultando imposible determinar con exactitud los programas de servicio público, y distinguirlos de los programas puramente comerciales.

De ello, parece deducirse la voluntad del legislador de incluir toda la actividad y programas de la Corporación RTVE, dentro del concepto de servicio público.

Los Estados miembros deberían definir claramente las actividades incluidas en la misión de servicio público pues con ello, se sabría fácilmente qué programas debían ser financiados con fondos públicos. Para ello, sería muy positivo que en la revisión a la Comunicación de 11 de noviembre de 2001 se incluyera, tal y como ya han hecho la Decisión y el Marco comunitario sobre las compensaciones por servicio público, un inciso en el que se exhortara a los Estados miembros a que, cuando fueran a definir las obligaciones de servicio público y valorar si las empresas encargadas de su realización cumplen dichas obligaciones, realizaran una consulta pública en la que pudieran participar los usuarios.

En la Comunicación se entiende que es legítima, de conformidad con art. 86.2 TCE, una definición “amplia”, en la que se confíe a un operador determinado la tarea de ofrecer una programación equilibrada y variada, acorde con su función, manteniendo al mismo tiempo un cierto nivel de audiencia, al ser coherente esta definición con el objetivo de garantizar la satisfacción de las necesidades democráticas sociales y culturales de la sociedad y garantizar el pluralismo, incluida la diversidad cultural y lingüística. Así mismo, permite que la misión de servicio público incluya ciertos servicios que no son “programas” en sentido tradicional (p. ejm. servicios de

información en línea), siempre que garantice las mismas necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad.

La posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer una definición “amplia” no está exenta de problemas. Así, aunque la Comisión exige que ésta sea tan exacta como sea posible y prevé que, a falta de claridad y precisión no podrá conceder la exención del art. 86.2 TCE, la realidad es muy diferente. Las autoridades de algunos Estados miembros como España, amparándose en esta posibilidad de realizar una definición amplia, no definen con exactitud en qué consiste la función de servicio público, limitándose a establecer generalidades que permiten incluir en ella cualquier actividad que realicen, con el consiguiente riesgo que ello supone para la competencia. Por ello, la Comisión debería orientar a los Estados miembros sobre cómo han de realizar la definición de la función de servicio público de radiotelevisión, para que precisen con exactitud en qué consiste esta función, a cuya financiación se destinan los fondos públicos que reciben los organismos encargados de su realización.

Otro de los requisitos que incluye la Comunicación de 11 de noviembre de 2001 para que a las ayudas públicas que reciben los operadores públicos se les pueda aplicar la excepción del art. 86.2 TCE, es que éstos tengan atribuida expresamente la misión de servicio público por un instrumento oficial como por ejemplo la legislación, contratos o pliegos de condiciones. Lo que no especifica es el contenido mínimo que ha de tener el instrumento por el que se realiza la atribución.

En España, la gestión del servicio público de radio y televisión se atribuye expresamente a la Corporación de Radio y Televisión Española S.A., Corporación RTVE, en el art. 3.1 de la Ley 17/2006. Este mismo artículo, en su apartado 2, establece las obligaciones que la Corporación deberá cumplir en el ejercicio de su función de servicio público:

- a) Promover el conocimiento y difusión de los principios constitucionales y los valores cívicos.
- b) Garantizar la información objetiva, veraz y plural, que se deberá ajustar plenamente al criterio de independencia profesional y al pluralismo político, social e ideológico presente en nuestra sociedad, así como a la norma de distinguir y separar, de forma perceptible, la información de la opinión.
- c) Facilitar el debate democrático y la libre expresión de opiniones.
- d) Promover la participación democrática mediante el ejercicio del derecho de acceso.
- e) Promover la cohesión territorial, la pluralidad y la diversidad lingüística y cultural de España.
- f) Impulsar el intercambio de la información y el conocimiento mutuo entre los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea como espacio común de convivencia.
- g) Editar y difundir canales radiofónicos y de televisión de cobertura internacional que coadyuven a la proyección hacia el exterior de las lenguas y culturas españolas y a la adecuada atención a los ciudadanos españoles residentes o desplazados en el extranjero.
- h) Ofrecer acceso a los distintos géneros de programación y a los acontecimientos institucionales, sociales, culturales y deportivos, dirigidos a todos los sectores

- de la audiencia, prestando atención a aquellos temas de especial interés público.
- i) Promover la difusión y conocimiento de las producciones culturales españolas, particularmente las audiovisuales.
 - j) Apoyar la integración social de las minorías y atender a grupos sociales con necesidades específicas.
 - k) Fomentar la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos.
 - l) Promover el conocimiento de las artes, la ciencia, la historia y la cultura.
 - m) Difundir el conocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios, así como desarrollar procedimientos que garanticen el derecho de réplica.
 - n) Fomentar la producción de contenidos audiovisuales europeos y en lenguas originarias españolas y promover la creación digital y multimedia, como contribución al desarrollo de las industrias culturales españolas y europeas.
 - o) Velar por la conservación de los archivos históricos audiovisuales.
 - p) Tener por objetivo atender a la más amplia audiencia, asegurando la máxima continuidad y cobertura geográfica y social, con el compromiso de ofrecer calidad, diversidad, innovación y exigencia ética.
 - q) Promoción de los valores de la paz.
 - r) La promoción del conocimiento, la salvaguarda y el respeto de los valores ecológicos y de protección del medio ambiente.
 - s) Preservar los derechos de los menores.

Asimismo, en el apartado 3 de este artículo, se incluye dentro de la función de servicio público de radio y televisión el contribuir al desarrollo de la Sociedad de la Información. Para ello, se exige a los organismos encargados de su cumplimiento, por un lado, que participen en el progreso tecnológico, utilizando las diferentes tecnologías y vías de difusión y, por otro, que desarrollen nuevos servicios conexos o interactivos, susceptibles de enriquecer o completar su oferta de programación, y de acercar las diferentes Administraciones Públicas a los ciudadanos. Además, deberán promover medidas que eviten cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad.

Como vemos, se trata de obligaciones muy genéricas que no permite determinar el alcance exacto de las actividades incluidas en la misión de servicio público encomendada a la Corporación RTVE.

Por ello, sería conveniente que, tal y como recientemente han hecho la Decisión y el Marco comunitario sobre las compensaciones por servicio público, en la revisión de la Comunicación de 11 de noviembre de 2001 se concretara el contenido mínimo que debe tener, en todo caso, el instrumento oficial por el que se atribuya a una empresa la misión de servicio público de radio y televisión, haciendo especial referencia a los parámetros de cálculo, control y revisión de la compensación, así como a los mecanismos para evitar y reembolsar el exceso de compensación.

Para que el servicio público se preste efectivamente, la Comunicación entiende conveniente que exista una autoridad competente u organismo designado al efecto que controle su aplicación, 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 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). Lo sorprendente es que aún no se haya creado tal autoridad, ni regulado su régimen jurídico, por lo que a día de hoy este control es inexistente, y los interesados no cuentan con los medios adecuados para actuar contra los incumplimientos de las obligaciones de servicio público en los que incurran los operadores públicos. Por otro lado, la ley 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 modo de financiación de las televisiones públicas en España plantea múltiples cuestiones, como por ejemplo los problemas que se derivan de las ayudas públicas que reciben y que pueden provocar distorsiones en el mercado, al emplearse, no sólo en la financiación de programas de servicio público, sino también en la de programas comerciales.

Otros problemas que se manifiestan son el de la falta de una definición clara e inequívoca de las misiones de servicio público por las que las televisiones públicas reciben financiación pública; el de la inclusión o no de esta financiación pública dentro del concepto de ayuda de estado, así como el problema de la consideración de la actividad televisiva en su conjunto como servicio público.

La situación actual es que las televisiones públicas se encuentran en una posición que amenaza el pluralismo en el sector audiovisual. Esto es debido a la doble financiación que reciben y que las coloca en una posición privilegiada, que les permite obtener amplias audiencias (aunque esto está cambiando en la televisión española en los últimos tiempos). Además, estas ayudas están constantemente creciendo y provocan un endeudamiento de los entes públicos de televisión.

Esta doble financiación, puede distorsionar el mercado en detrimento de los operadores privados que no las reciben, y que en muchos casos realizan las mismas actividades que los públicos.

La Ley 17/2006 admite que la financiación del servicio público de radio y televisión sea doble: por una parte financiación pública con cargo a los Presupuestos Generales, y por otra, financiación privada con ingresos procedentes de la publicidad,

eso sí, con restricciones más estrictas que a las que están sujetos los operadores privados.

Aunque en el seno de la Comunidad Europea se admite la doble financiación de las cadenas públicas, se exige una distinción entre la financiación de las misiones de servicio público, que correrá con cargo a fondos públicos, y la financiación de las actividades comerciales de estas cadenas, que se financiará con ingresos comerciales, entrando en el mercado en igualdad de condiciones que el resto de operadores privados.

Sin embargo, en España la Ley 17/2006 no distingue entre lo que son programas de servicio público de lo que son programas puramente comerciales, estando el conjunto de la programación financiada por fondos públicos y con los ingresos comerciales que obtengan estas cadenas. Con el sistema de financiación que se establece en esta Ley, siguen sin solucionarse los problemas sobre la compatibilidad de la financiación de los entes públicos de radiodifusión con el Derecho europeo de la competencia. Así, a la financiación pública que reciben la Corporación RTVE y sus sociedades participadas, se suman los ingresos comerciales que obtienen, y todos ellos se destinan a financiar todos los programas y actividades de estos entes, sin separar los que son propiamente de servicio público de los que son meramente comerciales. Lo cual sigue colocando a los operadores públicos en una posición privilegiada respecto de los operadores privados.

De este modo, el modelo de otorgamiento de ayudas públicas a la Corporación RTVE y sus sociedades participadas sigue distorsionando la competencia en el sector, pues estas ayudas se suman a los ingresos obtenidos mediante operaciones comerciales, y son invertidas en el conjunto de la programación. Toda esta falta de claridad se debe, entre otros motivos, a que no se sabe con exactitud en qué consiste este servicio público, que al aparecer definido de una forma tan imprecisa, en principio permitiría que cualquier programa pudiera incluirse en el mismo. Además, este sistema de financiación perjudica gravemente a las televisiones privadas, que deben competir con las públicas por la misma audiencia, ofreciendo contenidos similares, pero sin recibir financiación pública.

El servicio público que prestan los operadores públicos de televisión y por el que reciben financiación pública debe garantizar el acceso de todos los ciudadanos y debe ofrecer una información plural objetiva y veraz. En el momento en que se incluyeran dentro de la misión de servicio público servicios de pago, o se permitiera financiar esta misión, además de con fondos públicos, con ingresos comerciales, se correría el riesgo de que los operadores perdieran independencia e imparcialidad, y que dejaran de tener como fin primordial la satisfacción del interés general, para guiarse por intereses puramente comerciales.

Como acabamos de explicar, en España los organismos públicos de radiodifusión realizan tanto actividades de servicio público como actividades comerciales. El problema radica en la falta de definición clara y precisa de la misión de servicio público y en la ausencia de separación entre las actividades de servicio público de las que son puramente comerciales.

De conformidad con lo dispuesto en la Comunicación de 11 de noviembre de 2001, el cumplimiento del criterio de la proporcionalidad lleva consigo que los fondos

públicos sean utilizados exclusivamente para actividades de servicio público, debiendo existir para ello una separación entre los contenidos del servicio público (que serán financiados con fondos públicos) y los comerciales (que se financiarán por publicidad), de modo que sólo quedaría justificada la financiación pública de la televisión pública, en la medida que estos fondos se destinen exclusivamente al cumplimiento de las misiones de servicio público.

La Comisión entiende que el cumplimiento del criterio de la proporcionalidad es necesario para que los entes públicos de radiotelevisión puedan beneficiarse de la excepción del art. 86.2¹². Por ello, la Comunicación atribuye expresamente a la Comisión el control del cumplimiento de este requisito, estableciendo una serie de obligaciones a los Estados miembros (para que la Comisión pueda realizar el control de proporcionalidad): definición clara y precisa del concepto de misión de servicio público; separación clara de las actividades que son servicio público, de las que no lo son; separación de cuentas, para determinar si la financiación pública se limita a los costes netos derivados de la misión de servicio público; y además, cumplimiento por parte de los organismos públicos de radiodifusión que se beneficien de las ayudas estatales, de los requisitos sobre transparencia financiera establecidos en la Directiva sobre transparencia en las relaciones entre las empresas públicas y los Estados, que se concretan en que las cuentas internas correspondientes a las distintas actividades estén separadas, que todos los ingresos y gastos se consignen o asignen correctamente sobre la base de principios de contabilidad analítica aplicados de manera coherente y objetivamente justificables.

Este principio de transparencia significa que debe existir claridad financiera, esto es, separación de la contabilidad entre la programación y actividad comercial y la de servicio público, debiéndose fijar, de un lado, los fondos que se perciben y, de otro, la actividad a la que se destinan.

Por tanto, la exigencia de una contabilidad analítica sirve, en primer lugar, para ver si las ayudas públicas son proporcionales con las obligaciones de servicio público impuestas a las cadenas estatales o si por el contrario, falsean la libre competencia y en segundo lugar, para conocer los costes ligados al servicio. Por ello, la Comisión entiende que los organismos públicos que reciben ayudas públicas han de llevar una contabilidad separada: una para actividades de servicio público y otra para las comerciales. De este modo, la contabilidad reflejará no sólo los fondos públicos que reciben, sino también a qué tipo de actividad se destinan, lo que es fundamental para que la Comisión pueda controlar el destino de la financiación pública (que no es otro que el del cumplimiento efectivo de la misión de servicios público).

La Comisión impone a los organismos públicos de radiodifusión en orden al cumplimiento de las exigencias de separación de cuentas que, en el lado de los ingresos, hagan un informe detallado sobre las fuentes y la cuantía de todos los ingresos derivados de la realización de actividades distintas al servicio público y que, en el lado

¹² Pues sólo sobre la base de una asignación adecuada de los costes e ingresos es posible determinar si la financiación pública se limita verdaderamente a los costes netos derivados de la misión de servicio público y puede, por lo tanto, autorizarse en virtud del apartado 2 del artículo 86 y del Protocolo.

de los costes, se determinen con claridad los costes específicos de las actividades ajenas al servicio.

En España la Ley 17/2006, en su artículo 37.5, obliga a la Corporación RTVE y 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, las que reciben financiación pública y privada.

No se pueden diferenciar, partiendo de esta definición, las actividades de servicio público de las puramente comerciales. 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 del resto de actividades que realicen, 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 compensaciones. En el modelo de financiación establecido, no se diferencian las actividades de servicio público del resto, sino que parece deducirse que el conjunto de actividades de la Corporación obtienen tanto financiación pública como privada. Así, para la determinación del coste neto del servicio no son factores determinantes ni la buena o mala gestión de la compañía, ni los costes de los programas emitidos para el cumplimiento de la misión de servicio público. Con ello se coloca a los medios de radiodifusión y televisión de titularidad estatal a salvo de cualquier posible competencia de otros operadores, en una posición de clarísima ventaja, pudiendo actuar en los distintos mercados que componen el sector audiovisual en una evidente posición de dominio y sin temer las consecuencias de sus actuaciones, puesto que el resultado negativo de su cuenta de explotación, sea cual fuere su cuantía, se considera coste neto del servicio público por imperativo del artículo 33 de la ley.

Para que se cumpliera el principio de transparencia exigido por las Instituciones Comunitarias, al que se refiere la Ley de la Radio y Televisión de Titularidad del Estado en la Exposición de Motivos, sería necesario que existiera una clara separación entre los costes de las actividades de servicio público y los costes de las actividades puramente comerciales, así como la separación de los ingresos, entre públicos y privados (comerciales), y la determinación de qué fuentes de financiación se aplican a unas u otras actividades, lo que no ocurre con la Ley.

Resulta necesario, pues, que la Comisión controle efectivamente el cumplimiento de este requisito por parte de los organismos públicos de radiodifusión, siendo extremadamente rigurosa en su interpretación para evitar que, como sucede en España, las televisiones públicas sumen a los ingresos públicos que reciben, aquellos que obtienen a través de la publicidad y utilicen todos ellos para competir abiertamente con las cadenas privadas.

3.- OBSERVACIONES FINALES

En la actualidad, estamos viviendo un momento crucial para el sector audiovisual debido a su dinamismo y evolución constante. Los vertiginosos cambios que se están produciendo en los últimos años, han puesto en evidencia la ineficiencia del entramado legislativo actual, y han agudizado la necesidad de cambio en la legislación.

Actualmente, para que las ayudas públicas que reciben los organismos públicos de radiodifusión puedan declararse compatibles con el derecho de la competencia, y por tanto lícitas, deben cumplirse las condiciones establecidas en el art. 86.2 TCE, cuyos requisitos de aplicación para el sector audiovisual fueron concretados por la Comisión en su Comunicación de 15 de noviembre de 2001: definición clara del servicio, atribución de la función de servicio público al organismo en cuestión, que la aplicación de las normas de la competencia del tratado (y por tanto la prohibición de ayudas) obstaculice el cumplimiento de las funciones específicas asignadas a la expresa, que la aplicación de esta excepción no afecte a los intercambios en medida contraria al interés de la Comunidad, y que su aplicación al caso concreto, no afecte a la competencia de manera desproporcionada, para lo que será necesario la separación de cuentas y el cumplimiento de los requisitos de transparencia establecidos en la Directiva sobre transparencia financiera.

La situación actual de algunos países como España ha puesto de manifiesto que, pese a esta Comunicación, siguen sin solucionarse los problemas de competencia derivados de la financiación pública que reciben sus televisiones públicas y pone de manifiesto la conveniencia de que se revise su texto.

Así, la Ley 17/2006, de 6 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal carece de una definición clara, precisa e inequívoca de las actividades de servicio público que justifiquen la financiación pública que reciben, y que permitiera diferenciar entre estas actividades, y las que son estrictamente comerciales. Ante esta ausencia de definición clara, dada la vaguedad e imprecisión de la definición que se contiene en la Ley, es muy difícil, por no decir imposible, hacer la prueba de proporcionalidad, y distinguir los programas de servicio público de aquellos que no lo son. Aunque la Ley obliga a la Corporación RTVE y a sus sociedades participadas a llevar un sistema de contabilidad analítica, esta obligación va a ser de difícil cumplimiento si no están claramente separadas las actividades de servicio público de las que no lo son.

Con el sistema de financiación que establece la Ley se mantienen los problemas sobre la compatibilidad de la financiación de los entes públicos de radiodifusión con el derecho europeo de la competencia. Así, a la financiación pública que reciben la Corporación RTVE y sus sociedades participadas, se suma a los ingresos comerciales que obtienen, y todos ellos se destinan a financiar todos los programas y actividades de estos entes, sin separar los que son propiamente de servicio público de los que son meramente comerciales, lo que los sigue colocando en una posición privilegiada respecto de los operadores privados.

De este modo, el modelo de otorgamiento de ayudas públicas a la Corporación RTVE y sus sociedades participadas distorsiona la competencia en el sector, pues estas

ayudas se suman a los ingresos obtenidos mediante operaciones comerciales, y son invertidas en el conjunto de la programación.

Los operadores públicos en España no diferencian entre las actividades de servicio público por las que reciben financiación pública, y actividades puramente comerciales, a las que estaría prohibido destinar cualquier tipo de financiación pública, pues estos tipos de programas, para no distorsionar la competencia en el mercado y estar en igualdad de condiciones respecto de las privadas, deben ser financiados exclusivamente con ingresos comerciales y en ningún caso con ayudas públicas.

Esta falta de claridad se debe, entre otros motivos, a que no se sabe con exactitud en qué consiste este servicio público, que al aparecer definido de una forma tan imprecisa, en principio permitiría que cualquier programa pudiera incluirse en el mismo.

De lo anterior se deduce, como ya hemos explicado, la conveniencia de que la Comunicación sea revisada siendo recomendable, entre otras cuestiones, que el nuevo texto oriente a los Estados miembros sobre el modo en que deben definir la función de servicio público, determine el contenido mínimo del instrumento oficial por el que se atribuye el servicio público de radio y televisión a unas determinadas empresas, y regule el cálculo y control de la compensación que reciben los organismos públicos de radiodifusión por la realización del servicio público, así como los mecanismos para evitar y reembolsar el exceso de compensación.