

INFORME UTECA 2006
SOBRE LA REGULACIÓN DE LA TELEVISIÓN
EN ESPAÑA *

* Este informe ha sido elaborado por la Oficina Técnica de UTECA bajo la dirección del Profesor Dr. Santiago MUÑOZ MACHADO, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

INFORME UTECA 2006
SOBRE LA REGULACIÓN
DE LA TELEVISIÓN
EN ESPAÑA



Iustel
Portal Derecho, S. A.
www.iustel.com
Princesa, 29. 28008 Madrid
Depósito legal: M. 43.687-2006
Compuesto en Sociedad Anónima de Fotocomposición
Talisio, 9. 28027 Madrid
Printed in Spain - Impreso en España

SUMARIO

I. EL LENTO PROCESO DE LAS REFORMAS EN CURSO	13
La siembra de 2005 y la cosecha de 2006	13
Contribución pública y aportaciones del sector privado a la transición digital	14
El inseguro equilibrio del modelo dual de televisión	17
Racionalización de la información a los usuarios o la nueva concepción de la contraprogramación	21
Las regulaciones pendientes y las reivindicaciones de UTECA	24
II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA TELEVISIÓN PÚBLICA ESTATAL: LUCES Y SOMBRAS	27
Las aspiraciones del sector privado	27
La diferenciación de las cargas u obligaciones de servicio público	30
La Ley de 2006: el predominio de la preocupación organizativa de la televisión estatal	32
El servicio público y su financiación	38
III. EL BLOQUEO DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EL AVANCE DE LA AUTONÓMICA. LA INTERVENCIÓN EN LOS CONTENIDOS Y EL NUEVO MODELO DE AUTORIDAD AUDIOVISUAL	45
Competencias estatales/competencias autonómicas sobre el audiovisual	45
La nueva legislación audiovisual autonómica	48

La regulación de los contenidos	50
Las competencias de la autoridad independiente	54
Régimen sancionador	59
Los límites del sistema sancionador	64
Crítica de la indeterminación	68
En particular, la pantalla negra	70
El riesgo de la censura previa	71
Un árbitro insólito en los conflictos entre particulares	73
IV. LA OPORTUNIDAD PERDIDA CON LA RECIENTE REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. LOS PROBLEMAS CONTINUAN.	79
La inadecuada e incompleta reforma de la Ley de Propiedad Intelectual.	79
La tramitación parlamentaria de la Ley: un largo camino para mantener un texto que favorece el enriquecimiento injusto de las entidades de gestión	81
La inaplazable exigencia de transparencia a las entidades de gestión	85
Conflictividad con las entidades de gestión: abusos de la posición dominante	88
Remuneración equitativa: utilización real de los repertorios.	91
Conflictos entre entidades: el clima de la inseguridad jurídica	94
La futura Comisión de Propiedad Intelectual. Propuestas sobre su posición y funciones	97
Asociación para la gestión de derechos de teledifusión	101
La futura y necesaria reforma de la LPI	103
La propuesta del Tratado de la OMPI para la protección de los organismos de radiodifusión.	104

V. LOS CAMBIOS E INNOVACIONES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA EUROPEA.	109
1. EL PROCESO DE REVISIÓN DE LA DIRECTIVA DE TELEVISIÓN SIN FRONTERAS	109
Cuarto informe sobre la aplicación de la Directiva TSF	110
Consulta pública	110
Comunicación sobre «El futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual».	111
Grupos de reflexión y estudios independientes	112
Hacia una nueva legislación comunitaria sobre los contenidos audiovisuales: propuestas de la Comisión	113
Algunas cuestiones de singular relevancia.	117
La ampliación del objeto de la Directiva	117
El principio del país de origen	119
El derecho a utilizar extractos breves de acontecimientos de interés público para su emisión en programas informativos generales.	120
El «emplazamiento de producto».	121
La tramitación de la reforma	123
2. LAS DECISIONES MÁS RELEVANTES SOBRE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LA TELEVISIÓN.	129
El caso CISAC	129
Ayudas de Estado a la televisión de titularidad estatal.	132
Ayudas de Estado a la implantación de la televisión digital	137

INFORME UTECA 2006
SOBRE LA REGULACIÓN DE LA TELEVISIÓN
EN ESPAÑA

I

EL LENTO PROCESO DE LAS REFORMAS EN CURSO

La siembra de 2005 y la cosecha de 2006

A lo largo de 2005 los poderes públicos contribuyeron a generar en el sector audiovisual importantes ilusiones, de realización inmediata, que no se han visto cumplidas en el ejercicio de 2006, que está a punto de concluir cuando se presenta el Informe UTECA sobre la regulación del audiovisual, dejando una enorme distancia entre lo dicho y lo hecho, entre lo anunciado y lo realizado.

2005 fue un año en el que, en lo que concierne al sector audiovisual, se hicieron los siguientes anuncios fundamentales: el impulso definitivo de la transición hacia la tecnología digital; la apertura del mercado a nuevos operadores privados y públicos; la nueva regulación de la televisión pública estatal; la reordenación y modificación de la legislación básica o general en materia audiovisual, y, en fin, el establecimiento de una autoridad reguladora independiente. La mayor parte de estos buenos propósitos no han transitado mucho más allá de su enunciado general. Existe una fecha para el apagón analógico (2010) y se están imponiendo a los operadores privados muchas obligaciones para lograrlo; pero existen fundamentos para la crítica de lo poco que los poderes públicos están contribuyendo para conseguir tal objetivo fundamental. Por otro lado, la nueva regulación de la televisión pública estatal ha concluido, por ahora, en la aprobación de la Ley 17/2006, de 5 de junio,

de la Radio y Televisión de Titularidad Pública Estatal que, aunque es innegablemente innovadora, deja innumerables extremos abiertos a la discrecionalidad de los aplicadores, de modo que de la práctica, no suficientemente enmarcada por las normas, podrá salir una televisión pública esencialmente distinta de la que hemos tenido hasta ahora, o un modelo simplemente continuista. La regulación general del sector audiovisual, del que UTECA y las televisiones comerciales conocieron proyectos el ejercicio pasado, se ha quedado de nuevo bloqueada, con lo que todos los problemas de relaciones con el regulador (interpretación de las normas sobre publicidad, obligaciones de inversión, reglas sobre contenidos, etc.) y la enorme cantidad de contenciosos que de tal situación se derivan, han continuado sin arreglo. En fin, no ha sido establecida aún la nueva autoridad reguladora independiente, reclamada por el sector privado con insistencia, de la que el Anteproyecto de Ley que se dio a conocer el pasado ejercicio llegó a decir que su establecimiento era una «demanda clamorosa largamente sentida en la sociedad española».

Tal situación de bloqueo, o, al menos, aplazamiento de las regulaciones anunciadas, deja sin respuesta alguna de las aspiraciones fundamentales que UTECA, en representación del sector privado de la televisión de ámbito estatal, ha venido manifestando durante los últimos años. Y especialmente las siguientes:

Contribución pública y aportaciones del sector privado a la transición digital

— Respecto de la transición hacia la tecnología digital resulta imprescindible la concurrencia no sólo de los operadores privados

de televisión, sino muy especialmente de los poderes públicos que tienen necesariamente que formular políticas adecuadas para lograr tal objetivo. El Real Decreto 944/2005, que estableció el Plan Técnico de la Televisión Digital impuso una medida específica que pesa sobre los actuales operadores de televisión, a los que obligó a «participar financieramente en la constitución y funcionamiento de una entidad dedicada a la promoción de la televisión digital terrestre y el desarrollo del proceso de transición a ésta» [Disposición Transitoria 4.^a, a) tercero]. Esta entidad ha sido creada con una participación decisiva del sector audiovisual privado. Atendiendo el requerimiento de la Disposición legal mencionada, en octubre de 2005 se constituyó la Asociación para la Implantación y Desarrollo de la Televisión Digital Terrestre en España (IMPULSA TDT) integrada por los operadores privados de televisión a escala estatal y ABERTIS. En el marco de un acuerdo de colaboración firmado con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la Asociación ha concebido una campaña en la que se invertirán, a partir de octubre de 2006, cuatro millones de euros para acelerar la implantación de la televisión digital terrestre.

— Pero el sector audiovisual privado también ha reclamado otras acciones que dependen de los poderes públicos que no han sido cumplimentados hasta el momento. Por ejemplo: la reorganización de las frecuencias para ampliarlas y fijarlas de modo que quede totalmente claro la estructura que el mercado digital ha de tener en el inmediato futuro.

En este sentido, UTECA ha recibido con preocupación previsiones como la contenida en el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Prestación del Servicio de Difusión de Radio y Televisión por Cable, que

modifica el apartado 7 de la Disposición Adicional 2.^a del Real Decreto 944/2005, que decide reservar un múltiple digital para la prestación del servicio de televisión digital terrestre en movilidad. UTECA ha invocado ante el Ministerio competente el principio de neutralidad tecnológica, implantado en la legislación general de telecomunicaciones [artículo 3.f) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones] que debe permitir que los operadores de televisión digital convencional ya consolidados puedan acceder a todas las posibilidades que ofrecen los adelantos técnicos y las nuevas tecnologías, sin necesidad de cumplimentar ninguna otra clase de requisitos ni someterse a nuevos procesos de autorización o concesión.

— Los operadores privados han aceptado sin reticencias que la transición al sistema digital, tan importante para el mercado y el progreso económico del sector, dependa de la asunción de esfuerzos inversores importantes, pero también ha reclamado sucesivamente, hasta el momento sin éxito, que se reconozcan a las entidades del sector privado, que realicen dicho esfuerzo, basado en objetivos de interés general, beneficios fiscales semejantes a los que se han establecido para otras entidades privadas cuando se les han impuesto programas de colaboración en proyectos de relevancia pública. Los beneficios que se tienen solicitados deberían afectar al Impuesto de Sociedades, al de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al de Actividades Económicas, así como comportar la aplicación de un IVA deducido, a cuanto tenga que ver con inversiones, gastos y servicios concernientes a la Televisión Digital Terrestre. Igualmente es pertinente en este terreno la exención del pago de las tasas por reserva del dominio público radioeléctrico y la transformación voluntaria de la inversión en cine,

cuando se pueda sustituir con otras prestaciones de interés para la implantación de la TDT.

— Estas reformas no han llegado y, sin embargo, sí se han concretado mucho las obligaciones del sector privado. Aprovechando la nueva regulación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, establecida mediante Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, se ha impuesto tanto a las televisiones públicas como a las privadas de ámbito estatal, la obligación de presentar un exigente plan, muy difícil de cumplimentar, a efectos de alcanzar progresivamente la cobertura del servicio de televisión digital terrestre. Dichos planes individuales, tienen, como mínimo, que prever la siguiente cobertura dentro de su respectivo ámbito territorial: a) 85 por 100 de la población antes del 31 de julio de 2007; b) 88 por 100 de la población antes del 31 de julio de 2008; c) 93 por 100 de la población antes del 31 de julio de 2009. El plan ha de contener información relativa a las localidades a las que se dará cobertura y el calendario de puesta en servicio de las estaciones con que puedan corresponderse. El plan se representará en dos fases: la primera en el plazo de seis meses y la segunda en el plazo de un año contados a partir del 2 de septiembre de 2006, que fue la fecha de publicación del citado Real Decreto 920/2006.

El inseguro equilibrio del modelo dual de televisión

El mercado de la televisión en España seguirá siendo dual, integrado por operadores de capital público y operadores privados, según el modelo más generalizado en Europa, por el que se han decantado en España todos los gobiernos constitucionales.

UTECA ha manifestado también, en numerosas ocasiones, su convicción de que el mantenimiento de una televisión pública fuerte y bien dotada económicamente, capaz de atender las prestaciones de servicio público que tiene necesariamente que cumplir un medio de comunicación con tanta capacidad de penetración social, es importante y adecuada a la cultura de la sociedad europea, en la que está profundamente arraigada la ideología del servicio público, que desplaza y carga sobre los poderes públicos la obligación de ofrecer a los ciudadanos prestaciones que satisfagan algunas de sus necesidades esenciales, entre las cuales, desde luego, la información objetiva, la formación democrática, la atención a las minorías, el progreso cultural y personal, etc.

La organización de la televisión pública en España ha incurrido, sin embargo, hasta la fecha, en dos defectos reiteradamente denunciados: el primero es de carácter político y radica en el inmediato control ideológico y partidista del medio por los depositarios del poder. Éste no es un problema genuinamente español, sino universal de las televisiones públicas en Europa, al que los Gobiernos suelen acomodarse, incluso en los supuestos en que los programas electorales de los que parten han previsto reformas en profundidad.

El segundo problema es de igualdad de los operadores en el mercado. Ningún inconveniente existe, ni desde el punto de vista constitucional español, ni desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo, para que convivan en un mismo mercado operadores públicos y privados, pero es, desde luego, exigible, tanto desde la perspectiva constitucional interna como europea, que tal concurrencia se produzca en términos de igualdad. Tal exigencia ha sido desconocida tradicionalmente por los poderes públicos en España por dos vías: por un lado, porque las autoridades de tutela y

control de la televisión pública estatal no tienen una posición de independencia y autonomía suficiente, de modo que directa o indirectamente discriminan a las televisiones privadas en relación con aquélla, a la que tienden a favorecer. No existe, en este plano, una separación suficiente entre los reguladores y los operadores públicos, en los términos en que han venido demandando las autoridades comunitarias europeas. Por otro lado, las televisiones públicas han venido estando favorecidas por ayudas públicas y privilegios financieros de diversa clase, que las sitúan en una posición competitiva en los mercados más favorable que la que disfrutaban las televisiones privadas.

La cuestión de la dependencia política de las televisiones públicas es un problema general que no concierne directamente al funcionamiento del mercado; por ello las televisiones privadas no han incluido la reforma de este extremo entre sus reivindicaciones históricas. En cambio la cuestión de la desigualdad aludida es completamente decisiva desde un punto de vista económico.

Puede constatarse que, pese a la importante reforma legislativa concluida con la Ley de 5 de junio de 2006, los dos extremos en que radica el delicado equilibrio del mercado dual de la televisión no han quedado resueltos con suficiente claridad:

— Lo que concierne a la necesaria separación entre los reguladores y los operadores públicos sigue en suspenso al no haberse establecido una autoridad independiente estatal ocupada de la supervisión, en términos iguales, del sector público y del sector privado. A este extremo no se refiere la citada Ley de 5 de junio de 2006, sino para indicar que la televisión pública, en cuanto a sus

contenidos, también está sometida al regulador general, que a la fecha sigue siendo un Ministerio, y no una autoridad independiente.

— La Ley citada opta por un sistema de doble financiación de la televisión pública que podrá nutrirse, simultáneamente de las aportaciones directas consignadas en los Presupuestos Generales del Estado, y de los recursos que obtenga en el mercado de la publicidad. Sin embargo, ni cifra la importancia relativa de ambas clases de aportaciones financieras, ni establece las bases mínimas a las que han de ajustarse los Gobiernos futuros para establecerlas. La decisión final está remitida a opciones gubernativas que pueden elegirse dentro de márgenes de extraordinaria discrecionalidad.

— Una manifestación de la incertidumbre en que la nueva legislación deja la regulación financiera de la televisión pública, radica en que, frente a lo que ocurre en el sector televisivo europeo y ha sido reclamado en infinidad de ocasiones por UTECA, no se establecen límites de ninguna clase para el acceso de la televisión pública al mercado de la publicidad. Esta omisión, además de ser grave por las circunstancias indicadas antes, tiende a dificultar la viabilidad del sector privado de la televisión, que se nutre esencialmente de la publicidad, en el que el número de operadores con aspiraciones a mantener empresas sostenibles está creciendo exponencialmente, tanto a escala estatal como regional y local.

— Las dimensiones de la formidable sombra de inseguridad que tales deficiencias regulatorias arrojan sobre el sector, podrán medirse con más exactitud si se considera que la disciplina que ha pretendido establecer la Ley el 5 de junio de 2006, se refiere exclusivamente a la televisión pública estatal; el régimen de las televisio-

nes autonómicas y locales queda al margen y, hasta el momento, por lo general, inmerso en las viejas prácticas criticadas e irresueltas de la televisión pública.

Racionalización de la información a los usuarios o la nueva concepción de la contraprogramación

La Ley 22/1999, de 7 de junio, modificó el artículo 18 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, estableciendo el «derecho de los telespectadores en cuanto usuarios, a conocer, con antelación suficiente, la programación de televisión, incluidas las películas cinematográficas y la retransmisión de espectáculos». La norma confiaba al Gobierno y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas el desarrollo reglamentario para hacer efectivo tal derecho. Prescribía, sin embargo, el precepto citado, que las modificaciones en la programación anunciada sólo serían posibles como consecuencia de «sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstas, en el momento de hacerse pública su programación».

El Real Decreto 1462/1999 aprobó el Reglamento que regula el derecho de los usuarios a ser informados de la programación a emitir, estableciendo la obligación de las retransmisiones de hacer pública la programación con una antelación mínima de 11 días.

Las televisiones privadas protestaron contra esta regulación en todos los foros disponibles. Al sector privado de la televisión le pareció completamente discutible el fundamento de la medida: la antelación de 11 días sólo tenía la justificación, indiscutida en todo el sector de la televisión y la prensa escrita, de favorecer la inclusión

de la información sobre los programas de televisión en la prensa periódica, especialmente los semanarios generales o especializados en televisión. Resultaba, sin embargo, más que discutible, que la publicación de tal información en los medios escritos pudiera favorecer de alguna manera a los usuarios, ya que normalmente estos conocen la programación televisiva a través de los anuncios y promociones anticipadas que hacen las propias cadenas; nadie como ellas tiene interés en que los usuarios sigan sus programas sin confusión posible; en fin, las restricciones impuestas a los cambios de programación podían llegar a suponer una carga económica gravísima e injustificada para las empresas, en cuanto que se les impedía desalojar inmediatamente de la parrilla programas que no alcanzaran la audiencia deseada, obligándoles por tanto a mantener la emisión de programas no rentables o con grandes costos.

Para mayor gravedad de la situación la Administración competente ha seguido con un rigor inusitado el cumplimiento de estas injustificadas prescripciones sobre la denostada «contraprogramación» (fenómeno que es tan connatural con la televisión como el cambio de escaparate de cualquier comercio que quiera mostrar sus mejores productos al público, o el interés de cualquier empresario en obtener beneficios con las ofertas que pone en el mercado) que administró abriendo continuamente expedientes sancionadores, de los que han derivado docenas de conflictos ulteriormente judicializados.

El Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, relativo a la prestación del servicio de radio y televisión por cable también ha sido aprovechado para modificar el Real Decreto 1462/1999, antes citado, que establecía el indicado derecho de los usuarios a ser informados de la programación, cambiando lo en él establecido por una

regulación algo más favorable a los intereses de los operadores de televisión, en el sentido siguiente:

- La programación diaria debe hacerse pública con una antelación de, al menos, *tres días* respecto del día al que la citada programación se refiera.
- Para entender cumplida dicha previsión es suficiente con que el operador de televisión haga pública su información en las páginas de teletexto, para la programación de sus emisiones en analógico y la Guía Electrónica de Programas, para la programación de sus emisiones en digital, o por cualquier otro medio, en el supuesto de que no hubiera sido posible hacerlo por alguno de los anteriores.
- La información que se debe proporcionar ha de incluir, como mínimo, el título y el tipo o el género de todos los programas que se prevé emitir, salvo los de duración inferior a quince minutos. En el caso de los largometrajes cinematográficos, ha de incluirse también el título, el director y el año de producción. En las restantes obras de ficción, como películas para televisión, series, telecomedias y novelas, se indicará el título de la obra o el episodio a emitir y, en el supuesto de retransmisiones, el espectáculo concreto y, si éste fuere musical, los principales participantes que intervendrán en él.
- La programación anunciada no podrá ser modificada, salvo como consecuencia de sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión, en los mismos términos que preveía la regulación original en este punto.

Las regulaciones pendientes y las reivindicaciones de UTECA

Considerando que en lo expuesto concluyen los avances e innovaciones en la regulación del sector audiovisual en el ejercicio de 2006, puede formarse ahora un elenco de las principales reivindicaciones de UTECA que, además de las expuestas, siguen pendientes de realización:

- Elaboración y aprobación de una nueva Ley general del audiovisual que codifique y sistematice la anticuada y dispersa legislación reguladora del sector audiovisual en España.
- La imposición a las televisiones públicas de cargas de servicio público que las diferencien claramente de las televisiones privadas.
- La aprobación de normas de apoyo que determinen una mayor contribución del sector público a la transición digital.
- El definitivo establecimiento de una autoridad reguladora independiente.
- La renovación de la legislación de propiedad intelectual y el desarrollo de las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual.
- Creación de una asociación de gestión de los derechos de teledifusión.
- El impulso de alternativas al transporte y difusión de la TDT de cobertura nacional, evitando situaciones monopolísticas.
- El fomento del pluralismo en lo que concierne a la medición de audiencias en el nuevo escenario digital.

-
- La complementación de las normas recién aprobadas sobre financiación de la televisión pública a través del mercado de la publicidad.
 - La inclusión de estas reglas en normas básicas que puedan ser también aplicables a las televisiones autonómicas y locales.
 - La potenciación de la autorregulación del sector en materia de contenidos, como alternativa a la creciente regulación pública.
 - La fijación de reglas interpretativas claras en materia de publicidad, de modo que se evite y elimine la enorme conflictividad existente con la autoridad reguladora.
 - Revisión de la inversión obligatoria en cine del 5 por 100 de los ingresos del sector audiovisual privado.

II

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA TELEVISIÓN PÚBLICA ESTATAL: LUCES Y SOMBRAS

Las aspiraciones del sector privado

Las televisiones privadas agrupadas en UTECA han defendido siempre, sin titubeos y unánimemente, la existencia de una televisión pública fuerte, saneada, con impacto de audiencia, capaz de desarrollar una influencia visible y efectiva en los telespectadores (así, por ejemplo, en el Informe UTECA 2004, pág. 27). Esta convencida posición favorable a la televisión pública se ha justificado en la indeclinable misión al servicio de la democracia, del pluralismo, la cultura y la formación de la opinión pública libre, que la televisión pública debe cumplir. La mejor manera de conseguir estos objetivos es a través de una programación que no esté fundamentalmente basada en intereses comerciales ni en la idea de lucro, valores éstos de los que, sin embargo, la televisión privada no puede desprenderse.

No obstante el indicado apoyo, el sector audiovisual privado ha mostrado también siempre su preocupación por las distorsiones que la regulación, hasta ahora establecida de la televisión pública, ha venido produciendo en el sector televisivo general, debido a que, sobre todo, no han estado nunca establecidas con acierto y precisión las misiones de servicio público que debe cumplir la televisión pública y los recursos públicos que deben aplicarse a tales fines.

Las regulaciones comunitarias han contribuido mucho a imponer una nueva ideología sobre la significación de las misiones de servicio público y la adecuación a ellas de la financiación presupuestaria que las televisiones de capital público pueden recibir. También han sido decisivas para poner orden las acciones convencidas y reiteradas que han mantenido ante las instancias europeas algunos canales privados de televisión de varios países, concluidas con la histórica Sentencia de 15 de septiembre de 1998 (*Telecinco c. Comisión*) en la que el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea condenó la inactividad de la Comisión Europea al no promover medidas sancionatorias contra el desequilibrio que las ayudas y posiciones privilegiadas de las televisiones públicas proyectaban sobre algunos mercados estatales.

El progreso de las ideas favorables a una regulación de las televisiones públicas más acomodada a la libre competencia, no ha impedido el mantenimiento de las naturales excepciones que pueden favorecer a aquéllas en la medida en que desarrollen servicios de interés general. El artículo 86.2 del Tratado CE permite el mantenimiento de estas particularidades, y el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 21 de mayo de 1999, se preocupó de destacar el marco a que debía acomodarse el servicio público de la televisión. El «Protocolo del sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros», anejo a dicho Tratado, estableció al respecto lo siguiente: «Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y orga-

nizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público».

El Protocolo citado no hacía otra cosa que trasladar a los Estados miembros la responsabilidad de definir el contenido de la función de servicio público, operación de la que se hace depender la legitimidad de la financiación presupuestaria directa que pueden recibir los canales públicos.

Después del Tratado de Ámsterdam, la amplia discrecionalidad atribuida a los Estados miembros para concretar el contenido del servicio público de televisión ha vuelto a delimitarse de nuevo en virtud de la mantenida protesta del sector audiovisual privado y gracias, en este caso, a la labor interpretativa desarrollada por el Tribunal de Justicia. La libertad de definición de lo que sea servicio público podría llevar, sin ninguna duda, a que se pretendiera la legitimidad de cualquier clase de financiación presupuestaria, incluso en los casos en los que los operadores televisivos públicos desarrollan su actividad en términos de *mala utilización de los recursos, de derroche o de ineficiencia*. Esta posibilidad corruptora del sistema ha sido cerrada por la Sentencia *Altmark* de 24 de julio de 2003, en la que el Tribunal de Justicia pone un límite a la legitimidad de las ayudas públicas utilizando, entre otros, los criterios siguientes: a) la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas; b) las compensaciones por el desarrollo de estos servicios deben estar fijadas de forma previa, objetiva y transparente, evitando cualquier ventaja económica en relación con los competidores; c) Las

compensaciones no pueden superar el nivel necesario para cubrir, total o parcialmente, los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público; y d) el nivel de la compensación necesaria ha de calcularse sobre la base de un análisis de los costes *que una empresa media bien gestionada y adecuadamente equipada necesitaría para satisfacer las exigencias de servicio público requeridas.*

La Comisión Europea ha empezado a emplear estos parámetros y, en particular, el «test de eficiencia» de la Sentencia *Altmark* para analizar los apoyos financieros públicos a la televisión. Así lo ha hecho desde la Decisión TV2 Dinamarca, de 18 de mayo de 2004, en la que por primera vez, utilizando el referido test, obliga a devolver ayudas públicas a una televisión al comparar que el coste que para un operador supone el cumplimiento de las misiones de servicio público es inadecuado comparándolo con el de un «operador comercial eficiente».

Este equilibrio en la utilización de apoyos financieros públicos ha sido una de las pretensiones esenciales mantenidas por el sector televisivo privado. Pero no la única.

La diferenciación de las cargas u obligaciones de servicio público

Junto a aquellas aspiraciones, los operadores privados de televisión también han invocado reiteradamente el Derecho comunitario para pretender que no se les impongan cargas que no vienen exigidas por el ordenamiento comunitario y que deben atender prioritariamente los operadores públicos que, en esto, se diferenciarían también de las empresas privadas.

Con apoyo, en concreto, en lo establecido en la Directiva Televisión sin fronteras de 1989, el sector privado ha defendido que dicha norma habilita para establecer diferencias en cuanto a las cargas de servicio público que tienen que cumplir las empresas públicas y las privadas. Sin embargo esta diferenciación no ha sido acogida en la Ley de 1994 que incorpora la referida Directiva.

Las diferencias en cuestión podrían hacerse notar, por ejemplo: a) en lo que respecta a la financiación de las obras audiovisuales, establecida en España en el 5 por 100 de los ingresos totales de las televisiones, y que no debería ser igual para las televisiones públicas y para las privadas. b) El porcentaje del tiempo de emisión anual a reservar para la difusión de obras europeas, que debería ser más amplio para los operadores públicos. c) Igualmente respecto del tiempo de difusión anual de obras europeas de productores independientes. d) Más amplia debería ser, también, la reserva de tiempo en la televisión pública para la emisión de películas cinematográficas y de televisión de expresión original en lengua española, que, además, debería emitirse, en aquélla, en horario de máxima audiencia. e) El porcentaje de producción propia de los operadores públicos debería ser más amplio para fomentar los intereses de los creadores que se sitúan en su entorno. f) La programación de servicio público debería ser más caracterizada en lo que concierne a la integración de colectivos minoritarios, participación de consumidores y usuarios, emisión de eventos religiosos, pluralismo cultural, emisión de debates parlamentarios, etc.

Pero de todas estas diferencias, sin ninguna duda las que más han preocupado a las televisiones privadas son las que conciernen a las limitaciones de acceso de las televisiones públicas al mercado publicitario. Puesto que la financiación que reciben es dual,

UTECA siempre ha proclamado que fundamentalmente es el presupuesto público el que debe sostener las emisiones de servicio público, liberando parcialmente el mercado publicitario para que se nutran de él las televisiones comerciales privadas.

Al margen de este extremo, y dentro de las limitaciones indicadas, es también posible distinguir entre el tipo de publicidad admisible en la televisión pública y en la televisión privada, ampliando los tipos de publicidad prohibida en esta última, tanto por su contenido (bebidas alcohólicas, servicios o productos esotéricos, publicidad de agencias o servicios de contactos personales o similares), como por su forma (la televenta, el patrocinio, deberían restringirse en la televisión pública), como por su inserción (limitaciones a la interrupción de la programación con publicidad, y, desde luego, limitaciones horarias y programas en los que la publicidad debe ser totalmente excluida).

En los Informes UTECA 2004 y 2005, sobre regulación de la televisión en España, se incluyeron propuestas muy concretas al respecto que no es preciso reproducir de nuevo.

La Ley de 2006: el predominio de la preocupación organizativa de la televisión estatal

Los dos argumentos esenciales de la Ley 17/2006 son la definición del servicio público de televisión y la determinación de su financiación y, por otro lado, la organización de la televisión pública. La regulación de las cuestiones organizativas está enderezada, esencialmente, a conseguir el objetivo de dotar de un estatuto de independencia del poder político a los órganos gestores de la televisión

pública. Las fórmulas utilizables para conseguir este efecto son teóricamente muchas, pero su efectividad depende más de la práctica que de lo que las normas establezcan. A la postre, los principales responsables de los órganos de gestión han de ser designados por algún poder del Estado. La nueva Ley ha preferido depositar tal responsabilidad en las Cámaras legislativas, con lo que se pretende profundizar en la separación de la televisión pública y el Ejecutivo que, sin ninguna duda, es el poder público que más directamente tiene interés en influir en los derroteros de la programación, especialmente la de carácter informativo.

Las soluciones organizativas adoptadas en la Ley tienen que ser valoradas positivamente en cuanto que suponen un cambio importante para reforzar la autonomía e independencia de la gestión. Las críticas posibles vendrán, en su caso, de la práctica que pueda establecerse perjudicando aquel propósito de independencia.

Tres cuartas partes del articulado de la Ley 17/2006, de 5 de junio, están dedicadas esencialmente a cuestiones de carácter organizativo. Establecido en los artículos 1 y 2 que la radio y televisión del Estado es un servicio esencial para la comunidad, el artículo 3 atribuye la gestión del mismo a la «Corporación de Radio y Televisión Española, S.A.» (Corporación RTVE), que se configura como una sociedad mercantil estatal dotada de personalidad jurídica y plena capacidad (artículo 5.1). Su capital será íntegramente estatal y en su gestión actuará con independencia funcional respecto del Gobierno y la Administración general del Estado (artículo 5.3).

La Corporación RTVE ejercerá la función de servicio público a través de la «Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española» en

lo que concierne a los servicios de televisión, conexos e interactivos, y la «Sociedad Mercantil Estatal de Radio Nacional de España». Todas las acciones de ambas sociedades serán tituladas por la Corporación RTVE a la que, además, se habilita para participar en toda clase de entidades que adopten la forma de sociedad mercantil y cuyo objeto social esté vinculado con las actividades y funciones de aquélla, incluidas las de servicio público. También se le habilita para crear fundaciones que puedan coadyuvar al desarrollo de actividades relacionadas con su objeto social, así como con las funciones de servicio público que tiene encomendadas. Toda esta flexibilidad organizativa, a la que se refiere el artículo 7 de la Ley, tiene sin embargo un límite final en lo establecido en el párrafo 5 del citado precepto: «La Corporación RTVE —dice— y sus sociedades prestadoras de servicio público no podrán ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determine el mandato marco. La Corporación RTVE impulsará la producción propia de su programación de forma que ésta abarque la mayoría de los programas difundidos en las cadenas generalistas». Prescripciones éstas que limitan seriamente la posibilidad de sustituir la gestión directa del servicio por fórmulas de colaboración que encomienden parcialmente a terceros dicha gestión o permitan delegarla o sustituirla por fórmulas indirectas de cualquier clase. Lo que queda abierto, en cambio, es la posibilidad de que la Corporación RTVE celebre convenios de colaboración con otras entidades de servicio público de radio, de televisión y de noticias, u otros acuerdos con Administraciones u organismos públicos.

La Corporación RTVE se rige por la legislación mercantil, de modo que, como determina la Ley de Sociedades Anónimas, su

órgano de administración y gobierno será un Consejo de Administración, pero con el matiz que establece el artículo 9.2 de que la dirección ejecutiva ordinaria se ejerce a través del Presidente del Consejo.

El Consejo de Administración, al que se refieren los artículos 10 a 18 de la Ley, estará compuesto por doce miembros a los que se exige cualificación y experiencia. Serán elegidos por las Cortes Generales, a razón de ocho por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, de entre personas de reconocida cualificación y experiencia profesional. Dos de los Consejeros a elegir por el Congreso lo serán a propuesta de los dos sindicatos más representativos a nivel estatal con implantación en la Corporación RTVE y sus sociedades. Antes de su designación, los candidatos han de comparecer en audiencia pública en el Congreso y el Senado para que las Cámaras puedan informarse de su idoneidad para el cargo. La Ley establece que se presumirá que poseen cualificación y experiencia profesional suficiente las personas con formación superior o de reconocida competencia que hayan desempeñado durante un plazo no inferior a cinco años funciones de administración, alta dirección, control o asesoramiento, o funciones de similar responsabilidad, en entidades públicas o privadas o de relevantes méritos en el ámbito de la comunicación, experiencia profesional, docente o investigadora. De entre los Consejeros electos, el propio Congreso designará al Presidente de la Corporación RTVE y del Consejo por mayoría de dos tercios. El mandato de los consejeros será de seis años. En cuanto a su cese, además de las fórmulas habituales (renuncia, expiración del término de su mandato, decisión del Congreso de los Diputados por mayoría de dos tercios) se prevén algunas específicas vinculadas a la ineficien-

cia o el fracaso de la gestión económica desarrollada por el Consejo, lo cual puede ser determinante del cese de todos los consejeros.

Los miembros del Consejo han de tener dedicación exclusiva y estarán sujetos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración general del Estado. No podrán tener intereses directos o indirectos en empresas audiovisuales, discográficas, de cine, de vídeo, de prensa, de publicidad, de informática, de telecomunicaciones, de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otro tipo de entidades relacionadas con el suministro, dotación de material o programas a la Corporación RTVE y sus filiales.

Las competencias que se atribuyen al Consejo de Administración, pormenorizadamente descritas en el artículo 16 de la Ley, coinciden en términos generales con las que la legislación de sociedades anónimas atribuye al máximo órgano de administración de las sociedades. El Presidente, nombrado por el Consejo, será necesariamente el designado para tal cargo por el Congreso de los Diputados (artículo 17.1). Asumirá la representación institucional del Consejo y de la Corporación RTVE, y ejercerá las funciones específicas que determinan los artículos 19 y 20 de la Ley. Estos preceptos sitúan al Presidente en una función preparatoria de las deliberaciones y acuerdos sometidos al Consejo y de la ejecución de sus decisiones. Pero es de destacar que se le atribuye específicamente la función de dirección y coordinación de las actividades de los órganos directivos de la Corporación RTVE y la jefatura superior del personal y de los servicios de la Corporación RTVE. Además, el artículo 21 de la Ley permite la delegación del Consejo en el Presidente de otras funciones salvo las que se declaran indelegables.

Además de esta organización esencial de la Corporación, el nuevo texto legal prevé la existencia de otros órganos de participación. Destaca el Consejo Asesor, compuesto por un total de quince miembros, que se integrará con representaciones del Consejo Económico y Social, el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Consejo de la Juventud de España, el Instituto de la Mujer, de las entidades representativas de personas con discapacidad, de la Academia de Artes y Ciencias Televisivas, de la Academia de las Artes Cinematográficas, etc. Sus competencias son de asesoramiento e informe, esencialmente en relación con las orientaciones de la programación, normas de admisión de publicidad y derecho de acceso de grupos sociales significativos.

Se prevé también la existencia de «Consejos de Informativos» que describe el artículo 24 de la Ley como «órganos internos de participación de los profesionales de la información de la Corporación RTVE para velar por su independencia y la objetividad y veracidad de los contenidos informativos difundidos por las sociedades prestadoras del servicio público correspondiente». Para cumplir esta misión, se le atribuyen, entre otras funciones, las de velar por la independencia de los profesionales de la información, así como de la independencia editorial de la Corporación RTVE, informar sobre la línea editorial y la programación informativa, así como, aunque de manera no vinculante, sobre las propuestas de nombramiento de los directores de servicios informativos.

El servicio público y su financiación

El artículo 2 de la Ley define el servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado como un «servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas que tiene por objeto 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; difundir su identidad y diversidad culturales; 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». La función de servicio público comprende la producción de contenidos y la edición y difusión de canales generalistas y temáticos, en abierto o codificados, en el ámbito nacional e internacional, así como la oferta de servicios conexos o interactivos orientados a los fines que se han transcrito.

Hecha esta definición genérica del servicio público, el artículo 3.2 hace un extenso enunciado de cuáles son las funciones que debe desarrollar la Corporación RTVE para satisfacer la misión de servicio público que se le confía. En verdad, la relación es tan larga y diversa que no puede decirse que quede al margen de dicha función ningún valor ni principio constitucional, ni ético, ni ningún propósito que tenga alguna relevancia para la convivencia o el desarrollo de los ciudadanos. Por ejemplo, promover el conocimiento y difusión de los principios y valores constitucionales; la información objetiva, veraz y plural; el debate y la participación democráticas; la cohesión territorial; la pluralidad y diversidad lingüística y cultural de España; la proyección exterior de las lenguas y culturas

españolas; el acceso a los «distintos géneros de programación y a los acontecimientos institucionales, sociales, culturales y deportivos, dirigidos a todos los sectores de la audiencia»; difusión y conocimiento de las producciones culturales españolas; fomentar la igualdad y la no discriminación; el conocimiento de las artes, las ciencias, la historia y la cultura; la producción de contenidos audiovisuales europeos y la creación digital y multimedia, etc.

Las funciones de servicio público se describen, por tanto, en la Ley en razón a su objeto o finalidad y no por la clase de programas en los que aquéllas se han de desarrollar. De la relación de funciones de servicio público no resulta una imagen encorsetada ni precisa de lo que ha de ser la televisión estatal pública por razón de su programación. Se puede orientar ésta especialmente sobre la base de la información y la cultura, pero también sobre la emisión de programas de «distintos géneros», dirigidos a la gran audiencia, lo que puede abrir la pantalla pública a programas deportivos o a formatos de entretenimiento que, en principio, también pueden ser idóneos para cumplir la función de servicio público definida en los términos genéricos que se han expresado.

La traducción en programas de las funciones de servicio público que se encomiendan a la Corporación RTVE depende de dos instrumentos específicos: el mandato marco, que las Cortes han de aprobar con una vigencia de nueve años, en el que se concretarán los objetivos generales de la función de servicio público a cumplir por la Corporación, y el contrato-programa que acordará cada tres años el Gobierno con la Corporación RTVE.

El contrato-programa con el Estado marcará los objetivos a desarrollar por la Corporación, fijando las aportaciones con cargo a

los Presupuestos Generales del Estado destinados a la prestación del servicio público, los medios a emplear para adaptar los objetivos acordados a las variaciones del entorno económico, los efectos que han de derivarse del incumplimiento de los compromisos acordados, y el control de la ejecución (artículo 32.1). Las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público han de consignarse en los Presupuestos Generales del Estado de manera específica, con carácter anual, y no podrán «superar el *coste neto del servicio público* prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario». Se considera «coste neto la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora de servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones».

Bien se advierte la flexibilidad con que la Ley ha concebido la financiación presupuestaria del servicio público. Al no concretarse qué programas específicos puedan tener tal carácter, ni hacer distinción alguna sobre la posibilidad de que ciertos programas sólo desarrollen parcialmente aquella función, ni delimitarse más que en los términos tan generales que utilizan los artículos 2 y 3 de la Ley el concepto de servicio público, es incontestable la conclusión de que *la Ley deja un grandísimo margen de disponibilidad al contrato-programa para decidir la financiación presupuestaria que ha de recibir la Corporación RTVE.*

Esta discrecionalidad remanente podría convertirse en asfixiante e inaceptable en términos de competencia si, al mismo tiempo que la televisión pública recibe recursos presupuestarios sin límite, también puede acceder al mercado de la publicidad para financiarse incondicionadamente de los recursos que dicho mercado proporcione. La financiación privilegiada con que cuenta la televisión pública, y el marco genérico en que se habilita, supondría una rup-

tura de la competencia en el sector si la financiación publicitaria no se restringiera.

La Ley 17/2006 ha sido sensible a este efecto, aunque en términos no plenamente satisfactorios. El artículo 32.2 establece al efecto que «el contrato-programa deberá incorporar restricciones adicionales a las establecidas con carácter general en la Ley 25/1994, de 12 de julio, para la emisión de publicidad televisiva».

Un extremo es claro en relación con la interpretación de este precepto: la exigencia de que el contrato-programa restrinja la publicidad que pueda emitir la televisión pública. Pero, más allá de este mínimo obligatorio, las formas y la cuantía en que tal prescripción tiene que llevarse a efecto están dejadas a una total discrecionalidad del contrato-programa, que es preocupante para las empresas de televisión privada agrupadas en UTECA.

UTECA insistió reiteradamente, a lo largo del proceso de elaboración de la norma que se comenta, en la necesidad de que fuera directamente la Ley la que estableciera el contenido de las restricciones que han de afectar a la programación publicitaria en la televisión pública. Pero sus preocupaciones no han sido acogidas. Las desviaciones que puedan producirse en los contratos-programa generarán una nueva conflictividad en el sector, que podría haberse evitado estableciendo fórmulas estables, seguras y pactadas, en el texto de la Ley.

El sector televisivo privado de ámbito estatal ha trasladado al Gobierno, a través del Ministerio competente, en diversas ocasiones, las restricciones de publicidad que deben imponerse, siguiendo los modelos comparados de las televisiones públicas europeas más significativas. Con referencia a las mismas, las propuestas espe-

cíficas que UTECA espera que acojan los futuros contratos-programa son las siguientes:

a) *Tiempo de emisión dedicado a la publicidad y a la autopromoción en todas sus formas.*

— En cada hora natural, el tiempo de emisión dedicado a la publicidad en todas sus formas no habrá de superar, en su conjunto, los 9 minutos. Esta limitación deberá irse restringiendo progresivamente en los sucesivos contratos-programa.

— Dentro del límite indicado en el párrafo anterior, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios, excluida la autopromoción, no podrá ser superior a los 6 minutos por hora natural en el canal principal (designado en términos de audiencia), los 3 minutos restantes en el resto de los canales que, eventualmente, gestione el mismo operador. Los bloques publicitarios que interrumpan programas no podrán tener una duración superior a 4 minutos. El canal principal no podrá emitir ninguna forma de publicidad entre las 21'00 y las 00'00.

— El acuerdo para la reducción paulatina habrá de concretar también una reducción proporcional de los tiempos máximos de publicidad convencional y de los bloques de publicidad entre programas.

b) *Limitación de los ingresos anuales de publicidad.*

— El conjunto de los ingresos de los canales de RTVE derivados de la publicidad, no podrá superar el 40 por 100 de sus ingresos totales anuales.

- El total de ingresos provenientes de un mismo anunciante, sea cual sea el número de sus productos o servicios, no podrá exceder del 5 por 100 de los ingresos totales anuales derivados de la publicidad en el conjunto de los ingresos de los canales de RTVE.
- c) *Normas sobre interrupciones publicitarias.*
- Los programas de ficción y documentales, cualquiera que sea su formato y duración, sólo podrán interrumpirse una única vez para la inserción de publicidad y/o autopromoción. Se entienden expresamente excluidos los largometrajes cinematográficos, las películas especialmente concebidas para televisión, las miniserias, series y seriales.
 - En las emisiones o programas deportivos o de acontecimientos o espectáculos de estructura similar, que cuenten con intervalos de tiempo entre cada una de las partes que los compongan, sólo podrá insertarse publicidad y autopromoción durante esos intervalos, quedando prohibida la inserción de publicidad, en todas sus formas, en aquellos momentos en que el desarrollo del acontecimiento se encuentre detenido. En las emisiones de eventos deportivos o de acontecimientos o espectáculos que no cuenten con intervalos de tiempo entre cada una de las partes, quedará prohibida la inserción de publicidad en todas sus formas.
 - Se establecerán prohibiciones de efectuar interrupciones publicitarias en los programas informativos, cualesquiera que sean sus características o duración, así como

en los programas infantiles, también con independencia de su duración, incluidos los largometrajes cinematográficos, películas para televisión y las series, sean o no de animación.

d) *Publicidad de determinados productos y servicios.*

— Se acordará en el contrato-programa la prohibición de toda publicidad de bebidas alcohólicas, cualquiera que sea su graduación, así como la publicidad institucional o de marca de fabricantes de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales, incluso en los casos en que la publicidad no promueva la contratación de ningún bien o servicio.

— Se acordará la prohibición en todos los canales de RTVE de la publicidad de productos o servicios esotéricos y similares, así como de agencias o servicios matrimoniales, contactos personales o de amistad y similares.

e) *Prohibición de televenta y patrocinio.*

— En todos los canales de RTVE deberán quedar excluidos los anuncios de televenta así como cualquier forma de patrocinio televisivo. En este último caso, podrán exceptuarse los supuestos en los que la autoridad independiente del audiovisual autorice específicamente el patrocinio de determinados acontecimientos deportivos.

III

EL BLOQUEO DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EL AVANCE DE LA AUTONÓMICA. LA INTERVENCIÓN EN LOS CONTENIDOS Y EL NUEVO MODELO DE AUTORIDAD AUDIOVISUAL

Competencias estatales/competencias autonómicas sobre el audiovisual

El artículo 149.1.27.^a de la Constitución ha repartido las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de radio y televisión, utilizando una fórmula que se reitera mucho a lo largo de dicho texto. Consiste en reservar para el Estado la regulación básica general o principal de la materia, dejando a las Comunidades Autónomas la posibilidad de que, si sus Estatutos así lo prevén, puedan dictar normas de desarrollo y ocuparse de todo lo que concierne a las funciones de gestión o administración. Siguiendo este esquema, el citado artículo establece que corresponde al Estado la competencia sobre las «normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas». Acogiéndose a esta regla, los Estatutos de autonomía han permitido que las Comunidades Autónomas puedan dictar normas en materia de audiovisual, y así lo han hecho algunas de las más significativas.

El esquema constitucional de reparto de competencias impone que la secuencia lógica en la producción de las normas que regulen un determinado sector, como puede ser el audiovisual, sea la aprobación, primero, de la norma general donde se establecen las bases o principios, y sucesivamente sus reglas se completan mediante normas autonómicas de desarrollo. Sin embargo, dicho esquema lógico no siempre se ha seguido en la práctica. Fundamentalmente las Comunidades Autónomas tienden a obviarlo cuando la indolencia o el retraso del legislador estatal determina que no exista una norma general de aplicación en todo el territorio del Estado. Tal retraso no desapodera al legislador estatal, que puede hacer uso de su competencia cuando le parezca preciso, pero sí produce el efecto inevitable de que las normas autonómicas se constituyen en una especie de avanzadilla técnica e ideológica, estableciendo principios regulatorios que resulta muy difícil que el legislador estatal llegue a desplazar o sustituir. Más bien la legislación estatal sobrevenida tiende, en la práctica, a asumirlos, integrarlos y aceptarlos sin contestación.

Este efecto se ha producido claramente en materia de audiovisual. Aunque el Estado mantiene íntegras sus competencias (recordadas, por cierto, por una jurisprudencia constitucional contundente que procede de las Sentencias del Tribunal Constitucional 12/1982, 209/1990, 119/1991, 146 y 278/1993, 127/1994, etc.), Cataluña ha abierto con mucha decisión el camino de aprobar una norma propia de carácter general regulando la televisión. Se trata de la importante Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña. Probablemente, como ha ocurrido con otras muchas iniciativas legislativas catalanas, el contenido de la Ley en cuestión será repli-

cado y acogido en otras leyes de las diversas Comunidades Autónomas.

Se hará más adelante una referencia, en lo que interesa a este informe, de los contenidos de dicha Ley autonómica. Es de notar, antes de hacerlo, que el nuevo Estatuto catalán aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, también contiene una referencia al audiovisual respecto del cual se amplía evidentemente la competencia de la Comunidad Autónoma. Según el artículo 146 de dicho Estatuto, a la Generalidad le corresponde «la competencia exclusiva sobre la organización de la prestación del servicio público de comunicación audiovisual de la Generalitat y de los servicios públicos de comunicación audiovisual de ámbito local, respetando la garantía de la autonomía local». También le corresponde «la competencia compartida sobre la regulación y el control de los servicios de comunicación audiovisual que utilicen cualquiera de los soportes y tecnologías disponibles dirigidos al público de Cataluña, así como sobre las ofertas de comunicación audiovisual si se distribuyen en el territorio de Cataluña». De estas dos determinaciones, la segunda es especialmente significativa, como es fácil de comprender, porque atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia sobre los medios audiovisuales que se dirigen a la audiencia catalana. Por tanto, permite la intervención de las instituciones catalanas, de sus reguladores particulares, en las emisiones y programación de las televisiones de ámbito estatal o, incluso, internacional.

Sin embargo, estas previsiones no son una novedad del Estatuto de 2006, sino que ya estaban acogidas en la Ley del Audiovisual de 29 de diciembre de 2005.

La nueva legislación audiovisual autonómica

Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 14 de febrero de 2006, la mencionada Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, es sin duda *el texto más completo e importante que ha entrado en vigor en dicho año de 2006 en todo el territorio del Estado*. La Generalitat da con él un salto gigantesco: su legislación hasta entonces, en materia de audiovisual, se había limitado prácticamente a la aprobación de la Ley de 30 de mayo de 1983, que creó la Corporación Catalana de Radio y Televisión, y la Ley de 4 de mayo de 2000, que estableció el Consejo del Audiovisual de Cataluña, a dictar una Ley general, completa, que contiene y ordena sistemáticamente los principios generales a que ha de atenerse el audiovisual en Cataluña.

La ambición regulatoria de la norma es bien visible, por una parte, en la definición de su «ámbito de aplicación subjetivo» (artículo 2), que, sin mencionar las competencias del Estado, extiende la aplicación de la Ley a los siguientes operadores y prestadores de servicios:

- «a) A los medios de comunicación audiovisual de la Generalitat y de los entes locales de Cataluña.
- b) A los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que utilizan el espectro radioeléctrico al amparo de una licencia otorgada por el Consejo del Audiovisual de Cataluña de acuerdo con la presente ley.
- c) A los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que tienen el domicilio en Cataluña o bien ejercen principalmente sus actividades en ella.

- d) A los operadores de redes y servicios de comunicación electrónica y a los distribuidores de servicios de comunicación audiovisuales que se dirigen al público de Cataluña, en cuanto a las obligaciones y las responsabilidades que determina la presente ley.
- e) A los sujetos no incluidos en las letras a), b) y c), que difunden contenidos específicamente dirigidos al público de todo o parte del territorio de Cataluña, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones establecidas por los títulos V y VI».

Por otra parte, la misma pretensión de ser una norma codificadora y general es visible en su articulado, en el que se pueden encontrar desde definiciones concernientes a la libertad de comunicación audiovisual, al pluralismo, al servicio público, al derecho de rectificación, o a la neutralidad tecnológica, hasta la regulación básica del espacio radioeléctrico.

Establecidos los principios generales, el Título III de la Ley se ocupa de la regulación del servicio público audiovisual en Cataluña; el Título IV, de la ordenación de los servicios de comunicación audiovisual por parte de sujetos privados, donde se establece una minuciosa regulación de las actividades privadas, los títulos habilitantes para ejercerlas, y los procedimientos para obtenerlos; los Títulos V y VI son una reproducción de principios que están en la Directiva de 1989 y la Ley estatal de 1994 que incorporó dicha Directiva a nuestro ordenamiento, pero con extensísimos añadidos y complementaciones sobre los contenidos de los programas y las formas y contenidos de la publicidad. El Título VII regula las competencias públicas en el audiovisual, y especialmente las del Conse-

jo del Audiovisual de Cataluña (artículos 113 y siguientes). Disposiciones complementadas por lo que establece el Título IX sobre inspección, infracciones y sanciones, a las que se hará enseguida una mención más pormenorizada.

El efecto general de esta importantísima Ley catalana es el indicado: *a falta de una legislación estatal que fije las reglas y principios que sirvan de marco general para la legislación autonómica, ha sido la legislación autonómica, representada por la Ley catalana mencionada, que sin duda encontrará reflejo inmediato en otras Comunidades Autónomas, la que ha fijado el código general del audiovisual.*

El Gobierno ha entendido que muchos de los preceptos de la Ley referida vulneran la Constitución, de modo que ha planteado un recurso de inconstitucionalidad que está registrado en el Tribunal Constitucional con el número 8112-2006. En él se impugnan cincuenta y cinco preceptos de la Ley y algunas de sus Disposiciones Transitorias. La interposición del recurso, con invocación de lo establecido en el artículo 161.2 de la Constitución, ha determinado la suspensión automática de la vigencia de todos los preceptos impugnados.

La regulación de los contenidos

La mayor parte de las impugnaciones que contiene el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno tienen un fundamento competencial. A su juicio, la Generalidad se ha autoatribuido competencias que, de acuerdo con el artículo 149.1.27.^ª, pertenecen al Estado. Esto es lo que el Tribunal Constitucional tendrá que dilucidar.

Sin embargo, para el sector audiovisual privado, más allá de lo que resulte de dicho debate constitucional sobre las competencias, le importa la orientación regulatoria que ha asumido la Ley catalana de referencia en cuanto que puede servir también de criterio para la futura legislación estatal o la que establezcan otras Comunidades Autónomas. UTECA se ha manifestado, en este sentido, rotundamente contraria a algunas reglas establecidas en dicha legislación catalana en materia de contenidos, así como a las atribuciones desmesuradas que se confieren al regulador, Consejo del Audiovisual de Cataluña (CAC en lo sucesivo), para supervisar, controlar y sancionar, las infracciones o desviaciones en que los operadores puedan incurrir.

Como ya se ha indicado, la Ley 22/2005 contiene un Título V (artículos 77 y siguientes) dedicado específicamente a la regulación de los «contenidos» audiovisuales. Dicha regulación legal incluye, fundamentalmente, la expresión de los límites a que se someten las actividades de comunicación audiovisual, como son el respeto a la dignidad, la prohibición de discriminación, el respeto a los derechos fundamentales que garantiza la Constitución, en particular los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, no incitar al maltrato o a la crueldad hacia los animales, a causar daños al medio ambiente o a los bienes históricos, patrimoniales y culturales, la necesaria separación entre informaciones y opiniones, el respeto al principio de veracidad en la difusión de la información, entendiéndose por información veraz la que es el resultado de una comprobación diligente de los hechos, realizar una clara separación entre publicidad y contenido editorial, respetar el deber de protección de la infancia y la juventud (que se especifica en el artículo 81), y respetar los códigos deontológicos aprobados por los

colegios profesionales de los trabajadores que presten servicios a los medios de comunicación.

También se establece directamente en la Ley una serie de obligaciones a cargo de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, relativos a los contenidos, como el deber de difundir gratuitamente y con indicación de su origen, los comunicados y declaraciones que los Gobiernos del Estado y de la Generalidad estimen convenientes por causas justificadas de interés público (artículo 82.1), incluir la señalización de los programas que determine el Consell de l'Audiovisual de Catalunya (artículo 83), establecer los mecanismos técnicos necesarios para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los contenidos audiovisuales, incorporando progresivamente en la programación subtítulos para sordos, la lengua de signos catalana, y la audiodescripción para invidentes (artículo 84, que remite a la regulación que establezca al respecto el Consell de l'Audiovisual de Catalunya), cumplir las obligaciones relativas a la presencia de la lengua y la cultura catalanas y del aranés en la comunicación audiovisual (artículo 85 que, por lo se refiere a los operadores privados se remite a la legislación de política lingüística aplicable a los concesionarios de televisión privada), a la difusión de obras audiovisuales europeas (artículo 86), a la garantía de la cláusula de conciencia y el secreto profesional (artículo 87.1), y al respeto del pluralismo en períodos electorales (artículo 87.2).

Sin embargo, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual quedan sometidos también a otra serie de reglas en materia de contenidos, no concretadas por el legislador:

— Las que establezca el Consell de l'Audiovisual, a quien atribuye el artículo 77 la facultad de aprobar las instrucciones que sean

necesarias para desarrollar y explicitar el alcance y el significado de la ordenación legal. Establece el precepto:

«Artículo 77. *Instrumentos para regular los contenidos audiovisuales.*

La regulación de los contenidos difundidos en el marco de la prestación de servicios de comunicación audiovisual corresponde a la presente ley y a las demás que les sean de aplicación. Sin perjuicio de ello, la aprobación de las instrucciones que sean necesarias para desarrollar y explicitar el alcance y significado de la ordenación legal corresponde al Consejo del Audiovisual de Cataluña».

— Los acuerdos de corregulación entre el Consell de l'Audiovisual y los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, que se establezcan para facilitar y garantizar la delimitación adecuada y el cumplimiento de las obligaciones y deberes en materia de contenidos (artículo 78). Explica el preámbulo de la Ley que en virtud de estos acuerdos de corregulación, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya puede establecer de manera precisa obligaciones y deberes en materia de contenidos con los diversos operadores audiovisuales.

— Los acuerdos voluntarios de autorregulación entre los diversos prestadores de servicios de comunicación audiovisual, orientados a la adopción voluntaria de códigos de conducta en materia de contenidos (artículo 79).

Las competencias de la autoridad independiente

El Título VII se refiere, como ya se ha indicado, a las competencias públicas en el ámbito audiovisual, y a las del Consejo del Audiovisual de Cataluña. Aparte de las nuevas competencias de los municipios que se derivan del reconocimiento del servicio público local de la radio y la televisión, lo más importante es la regulación de las funciones y las atribuciones del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, que lo consolidan como la instancia básica del ejercicio de las funciones administrativas que establece la ley, especialmente en las relaciones con los operadores.

Se define el Consell, en el artículo 113.1, como «la autoridad reguladora y ejecutiva dotada de plena independencia con respecto al Gobierno y las administraciones públicas para el ejercicio de sus funciones. Tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar en el ámbito del derecho público y privado. Goza de autonomía organizativa, de funcionamiento y presupuestaria, de acuerdo con la ley». Aun cuando se mantiene una remisión expresa a la Ley 2/2000, de 4 de mayo, reguladora del Consejo, se redefinen sus atribuciones, incluyendo algunas antes no previstas, y distinguiendo entre funciones y potestades destinadas al cumplimiento de dichas funciones.

El artículo 115 de la Ley 22/2005 se refiere a las «funciones» del Consejo, indicando que la lista que incluye se refiere a dichas funciones «además» de las que le atribuye la Ley 2/2000, de 4 de mayo. Pues bien, el artículo 1.2 de esta última ya establecía, con carácter general, que el Consejo del Audiovisual, «en el marco de las competencias de la Generalidad, vela por el respeto de los derechos y libertades que, en el ámbito de los medios de comunicación

audiovisual de radiodifusión sonora, televisión y cualquier otro sistema de transmisión de sonido o imagen, son reconocidos en la Constitución y el Estatuto de Autonomía, y, especialmente, garantiza el cumplimiento de la normativa reguladora de la programación y la publicidad, y de las condiciones de las concesiones, así como el cumplimiento de la eficacia y observancia de la normativa europea y de los tratados internacionales relativos a la materia. El Consejo vela, asimismo, por el pluralismo político, religioso, social, lingüístico y cultural en el conjunto del sistema audiovisual en Cataluña, vela por la neutralidad y honestidad informativas, y preserva el cumplimiento de las normas relativas al uso de la lengua catalana y el impulso del aranés». Y el artículo 10 de la citada Ley 2/2000 especifica más adelante, como funciones del Consejo, entre otras, las de velar por el cumplimiento de lo establecido en la normativa reguladora del sector del audiovisual y por la indemnidad de los principios que la informan, y, en particular, asegurar la observancia de los principios de pluralismo político, social, religioso, cultural y de pensamiento; adoptar instrucciones generales de carácter vinculante dirigidas a los operadores a fin de garantizar el cumplimiento de la legislación vigente en el ámbito de sus competencias, así como adoptar decisiones vinculantes para sus destinatarios en lo que se refiere a las quejas formuladas por los usuarios de los servicios de comunicación audiovisual; incoar y resolver, en el ámbito de sus competencias, los correspondientes procedimientos sancionadores por las infracciones de la legislación relativa a audiovisuales y publicidad; proceder a la ejecución forzosa de los actos que adopte; requerir información de los operadores; etc.

Lo esencial de estas funciones se reitera en el artículo 115 de la Ley, que añade como principal novedad la atribución al Consejo

del Audiovisual de la competencia para otorgar licencias, y le sigue encomendando la función de «velar por el respeto de los derechos y las libertades en el ámbito de la comunicación audiovisual», por el pluralismo político, o garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, indicando que el Consejo ha de poner en conocimiento de las autoridades competentes las infracciones que advierta respecto al cumplimiento de obligaciones en materia audiovisual que no sea competencia de la Generalidad de Cataluña.

Para el cumplimiento de estas funciones, el artículo 116 establece, por su parte, que el Consell puede ejercer las potestades siguientes:

- «a) Adoptar medidas cautelares en caso de una urgencia justificada para evitar que el incumplimiento de las obligaciones produzca un perjuicio grave e irreparable al pluralismo, la libertad de comunicación o los derechos de los ciudadanos. Estas medidas pueden comportar la suspensión provisional de la eficacia de la licencia.
- b) Requerir información y pedir la comparecencia de los prestadores y distribuidores de servicios de comunicación audiovisual.
- c) Ordenar el cese de las actuaciones que incumplan las condiciones de la licencia.
- d) Establecer acuerdos con los prestadores que persigan el cese de actuaciones susceptibles de producir un incumplimiento de la ley o de las condiciones de la licencia, según el criterio manifestado por el Consejo. Estos acuerdos no vinculan a la autoridad audiovisual si la situación de he-

cho respecto a un elemento esencial de la decisión ha cambiado, el prestador incumple el compromiso o este se ha fundado en informaciones incompletas, inexactas o engañosas.

- e) Imponer multas coercitivas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores hacia la autoridad audiovisual, especialmente en cuanto a los deberes derivados del ejercicio de las potestades que establece el presente artículo y de las potestades de inspección y control».

Las potestades a que se refieren las letras a) y c) se han de adoptar, según especifica el apartado 2 del artículo 116, en el marco que determina el régimen sancionador establecido por la misma ley.

A las anteriores debe añadirse la potestad reglamentaria para el desarrollo de los preceptos tanto de la nueva Ley como de «las demás leyes en materia audiovisual en los ámbitos relativos a las condiciones aplicables a los títulos habilitantes para el ejercicio de la libertad de comunicación y a las obligaciones a que quedan sujetos los prestadores y distribuidores de servicios de comunicación audiovisual de acuerdo con la ley. Las disposiciones reglamentarias del Consejo reciben el nombre de instrucciones» (artículo 117). A lo dispuesto en este precepto debe añadirse lo establecido en el artículo 77, ya visto más arriba, que, como se recordará, atribuye al Consejo potestad reglamentaria o de instrucción en relación con la definición de los contenidos audiovisuales.

El artículo 127.1 también atribuye al Consell, por otra parte, la inspección y el control de las actividades de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, en relación con el cumpli-

miento de las obligaciones que les corresponden, concretando el artículo 128 que el Consejo del Audiovisual de Cataluña ejerce actividades de inspección en los siguientes ámbitos:

- «a) Los contenidos difundidos en la prestación de servicios audiovisuales, al efecto de verificar que se cumplen las distintas obligaciones y los límites que, con relación a estos contenidos, establecen la presente y otras leyes que sean de aplicación.
- b) Las condiciones y la capacidad de influencia en el mercado, y, de forma particular, en los procesos de formación de la opinión pública, por parte de los prestadores de servicios audiovisuales, al efecto de verificar que se cumplen las obligaciones y los límites en materia de pluralismo de la comunicación audiovisual al público establecidos por la presente ley.
- c) Cualquier otro hecho o circunstancia que sea pertinente para controlar que los prestadores de servicios audiovisuales cumplen las demás obligaciones y deberes que sean exigibles de acuerdo con la presente y otras leyes que sean de aplicación».

En fin, la Ley atribuye al Consejo el ejercicio de la potestad sancionadora, en el ámbito de sus competencias (y sin perjuicio de la potestad sancionadora que también puede ejercer el Gobierno de la Generalidad en el ámbito de las suyas —artículo 139.1—), de acuerdo con el régimen de infracciones y sanciones que la propia Ley establece y del que es preciso destacar lo siguiente:

Régimen sancionador

Se tipifican como infracciones muy graves las que especifica de este modo el artículo 132:

- «a) La prestación de servicios de comunicación audiovisual en los términos establecidos por la presente ley sin disponer de la licencia correspondiente o sin haber llevado a cabo la comunicación previa preceptiva, según que corresponda. Al efecto de la determinación del sujeto responsable de la comisión de esta infracción, el Consejo del Audiovisual de Cataluña debe identificar a la persona física o jurídica a quien pueda otorgarse la condición de responsable editorial de los contenidos que se difunden.
- b) El incumplimiento de los principios básicos de la regulación de los contenidos audiovisuales. Sin perjuicio de lo que establece expresamente la presente ley, determinar si se ha cometido esta infracción requiere, si procede, comprobar los términos en que estos principios han sido definidos y explicitados mediante la instrucción del Consejo del Audiovisual de Cataluña y los términos en que han sido definidos y asumidos como deberes específicos a cargo de los prestadores de servicios audiovisuales en el marco de los acuerdos que hayan establecido con el Consejo.
- c) El incumplimiento de cualquiera de los deberes impuestos de acuerdo con la presente ley con relación a la protección de la infancia y la juventud, tanto por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual como de los distribuidores de servicios de comunicación

audiovisual, para la distribución de programas de radio y televisión.

- d) La difusión de publicidad subliminal y el incumplimiento de los límites generales en la realización de actividades publicitarias establecidos por la presente ley.
- e) El impedimento o la obstrucción de la realización de las actividades inspectoras establecidas por el capítulo I del título IX».

Debe notarse, en relación con la anterior tipificación, que el artículo 131 habilita al Gobierno para «introducir por reglamento especificaciones y graduaciones a este conjunto de infracciones y sanciones en los casos en que permitan una identificación más correcta de las conductas o una determinación más precisa de las sanciones. En ningún caso pueden introducirse por reglamento infracciones o sanciones nuevas, ni puede alterarse la naturaleza o el límite de las que regula la presente ley». Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 111.3, según el cual corresponde al Gobierno la potestad reglamentaria para desarrollar y ejecutar la ley, salvo los aspectos que la presente ley encomienda al Consejo del Audiovisual de Cataluña; y con los artículos 77 y 117 que, como ya hemos visto, atribuyen al Consejo del Audiovisual potestad reglamentaria para dictar instrucciones con, entre otros efectos, el de concretar las obligaciones, especial aunque no únicamente en materia de contenidos audiovisuales, a que quedan sujetos los prestadores y distribuidores de servicios de comunicación audiovisual de acuerdo con la ley.

Las infracciones muy graves ya referidas pueden ser sancionadas, según el artículo 136.a), con multas desde 90.001 euros hasta

300.000 euros y con la sanción, de extrema gravedad, consistente en la suspensión de la actividad por un período máximo de tres meses.

Para el caso de los prestadores de servicios de televisión, el legislador especifica que para cumplir dicha sanción de suspensión, el prestador debe difundir una imagen permanente en negro que ocupe el 100 por 100 de la pantalla, con un texto en blanco que indique que el canal ha sido suspendido en su actividad, sin emitir ningún sonido.

La pantalla negra puede llegar a ser definitiva, determinando la eliminación del servicio, según el apartado 2 del mismo artículo, en el supuesto de comisión reiterada en el plazo de un año de dos infracciones muy graves, declaradas así por resoluciones firmes, o de una infracción muy grave y dos o más de graves, o de tres o más infracciones graves. En tales casos, el Consejo del Audiovisual de Cataluña puede acordar, en el marco del procedimiento sancionador correspondiente, el cese definitivo de la prestación de servicios audiovisuales por parte del responsable. Si el responsable presta sus servicios, totalmente o en parte, mediante una red de comunicaciones electrónicas para la distribución de programas de radio y televisión, el Consejo debe poner en conocimiento del operador la orden de cese, a fin y efecto de obtener su colaboración en la ejecución de la sanción.

A la hora de definir a los «sujetos responsables», el legislador, si bien indica que pueden serlo tanto los operadores privados como los públicos, exime expresamente a estos últimos de las sanciones consistentes en la suspensión o el cese de la actividad. El artículo 130 dispone, en efecto, lo siguiente:

«Sujetos responsables.»

1. Deben ser sancionadas como responsables de las infracciones tipificadas por la presente ley las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, a quien pueda atribuirse la comisión, aunque sea por inobservancia.

2. El Consejo del Audiovisual de Cataluña no puede acordar en ningún caso la suspensión ni el cese de las actividades de los prestadores del servicio público audiovisual, tanto si son de competencia de la Generalidad como de los entes y consorcios locales. La imposición de las sanciones que sean procedentes como consecuencia de haber incurrido en alguna de las conductas infractoras fijadas por el presente capítulo se entiende sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de las disposiciones establecidas por el contrato programa y del ejercicio de las facultades de control en relación a la prestación del servicio público que corresponden al Consejo del Audiovisual de Cataluña y al Parlamento de Cataluña».

Por lo demás, la Ley también incluye normas sobre la graduación de las sanciones (artículo 137), sobre la prescripción de infracciones y sanciones, y sobre el procedimiento sancionador, del que es preciso destacar aquí dos extremos:

En primer lugar, por lo que se refiere a la prueba, el artículo 139.3 establece que los «hechos constatados en las actas levantadas por funcionarios públicos que tengan la condición de autoridad, en los términos establecidos por el artículo 130.2, gozan de la presunción de veracidad y tienen valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que las personas interesadas puedan aportar en defensa de sus derechos e intereses».

Y, en segundo término, interesa resaltar el régimen de medidas provisionales que establece el artículo 140:

«Medidas de carácter provisional.»

1. En cualquier momento del procedimiento, tanto el Consejo del Audiovisual de Cataluña como el Gobierno de la Generalidad, en los respectivos ámbitos de sus competencias, pueden adoptar, de oficio o a instancia de parte, y mediante un acuerdo motivado que hay que notificar a los interesados, las medidas cautelares de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pueda recaer. Este acuerdo debe adoptarse previa audiencia de los interesados, salvo que haya circunstancias de urgencia y necesidad extraordinarias que lo impidan. En cualquier momento posterior de la tramitación del procedimiento deben levantarse tales medidas si han desaparecido las causas que motivaron su adopción. En cualquier caso, las medidas adoptadas deben ser idóneas, adecuadas y proporcionadas en relación a la finalidad perseguida y a los valores, principios o derechos objeto de protección.

2. Antes de iniciar el procedimiento, en los casos de urgencia y cuando sean estrictamente imprescindibles para la protección provisional de los principios básicos para regular los contenidos audiovisuales, tal como han sido definidos por la presente ley, tanto el Consejo del Audiovisual de Cataluña como el Gobierno de la Generalidad en los respectivos ámbitos de sus competencias, pueden adoptar, de oficio o a instancia de parte, y en forma debidamente motivada, las medidas correspondientes. Este acuerdo debe ser notificado inmediatamente a los interesados. Las medidas provisionales deben

confirmarse, modificarse o levantarse en el acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo sancionador, que debe efectuarse dentro de los quince días siguientes a la adopción del acuerdo y que puede ser objeto de recurso. Las medidas adoptadas quedan sin efecto si el procedimiento no se inicia en este plazo o si el acuerdo de iniciación no contiene un pronunciamiento expreso sobre tales medidas».

El anterior precepto debe leerse en relación con el artículo 116 que, recuérdese, atribuye al Consejo la facultad de adoptar medidas cautelares en el seno de procedimientos sancionadores, pudiendo consistir la medida que se adopte en la suspensión de la licencia misma.

Por tanto, el legislador catalán ha dispuesto que el Consejo del Audiovisual pueda, en el marco de los procedimientos sancionadores que instruya, adoptar una medida tan radical como la suspensión de las emisiones del operador audiovisual sometido al procedimiento en cuestión.

Los límites del sistema sancionador

En la medida en que las sanciones que se imponen a los medios audiovisuales a las libertades de comunicación, es preciso tener en cuenta, ante todo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, desde su famosa Sentencia *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 (antes también en *Handyside* de 7 de diciembre de 1976, y después en muchas sentencias, de las que son ejemplo, más recientemente, *Association Ekin v. Francia*, de 17 de julio de 2001, o *Chauvy* de 29 de junio de 2004), tiene establecido que «La libertad

de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del completo desarrollo de cada persona». A reserva de lo que establece el artículo 2 (del artículo 10, que es el que reconoce tal libertad en el Convenio Europeo de 1950) es válida no solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que contrarían, chocan o inquietan. Así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los que no existe una «sociedad democrática». Como precisa el artículo 10, «esta libertad está sometida a excepciones que deben sin embargo interpretarse estrictamente, y la necesidad de restricciones debe ser establecida de manera convincente».

Las indicadas excepciones o injerencias en la libertad de comunicación tienen que justificarse en la persecución de un fin legítimo, deben ser «necesarias en una sociedad democrática» y, desde luego, proporcionales a los fines perseguidos.

A efectos de valorar la necesidad de la injerencia en la libertad de expresión a través, por ejemplo, de la imposición de sanciones, el TEDH tiene establecido que ha de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, si la restricción se refiere al debate político ya que, en un sistema democrático, «las acciones u omisiones del gobierno deben situarse bajo el atento control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la opinión pública» (Sentencia *Wingrove contra Reino Unido* de 25 de noviembre de 1996).

Pero también ha de medirse el contenido de las expresiones que hayan dado lugar a la imposición de la sanción. Porque si, como ya hemos dicho, es cierto que la libertad de expresión se im-

pone sobre otros derechos individuales incluso cuando se profieren expresiones «molestas», también lo es que «allí donde las ideas inciten al uso de la violencia contra un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión» (Sentencia de 8 de julio de 1999, caso *Baskaya y Okçuoglu contra Turquía*).

Por otro lado, las restricciones tienen que estar previstas en la Ley. Para cumplir esta exigencia no basta con que una norma legal contenga una regulación genérica, sino que además aquélla sea clara y perfectamente previsible. La previsibilidad de la ley no se opone a que la persona afectada tenga que recurrir a asesores para evaluar, hasta un grado razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan resultar de un acto determinado (por ejemplo Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido*, de 13 de junio de 1995, *Grigoriades c. Grecia*, de 25 de noviembre de 1997, *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996, entre una jurisprudencia abundantísima). *Son contrarias al artículo 10 del Convenio Europeo, por tanto, todas las regulaciones genéricas de los límites de libertad de comunicación que no permitan a los operadores conocer en qué medida su conducta puede ser sancionada o considerada ilegal.* También lo son cuando, por su ambigüedad resultan desproporcionadamente limitativas de la libertad de comunicación o de que los medios puedan cumplir la función institucional que tienen encomendada. Aunque se reconoce que las autoridades nacionales tienen un margen para establecer el marco lícito de la actividad de los medios de comunicación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene aplicando en muchas Sen-

tencias (por ejemplo, Sentencias *Bladet Tronso y Stensaas c. Noruega* —1999/22—, o *Colombani c. Francia* —2002/37—), la siguiente fórmula: «Si la prensa no debe sobrepasar ciertos límites, principalmente en cuanto a los derechos ajenos, le incumbe comunicar, dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, información e ideas sobre todas las cuestiones de interés general; a su función que consiste en difundirlas, se añade el derecho que tiene el público a recibirlas. El margen de apreciación de las autoridades nacionales se encuentra así circunscrito por el interés de una sociedad democrática en permitir a la prensa jugar su papel indispensable de “perro guardian”». La misma expresión utiliza el Tribunal Europeo en las Sentencias de 29 de junio de 2004 —caso *Chauvy*—, de 18 de mayo de 2004, —caso *Sociedad Plon*—, etc.

Este orden de ideas está reiteradamente recogido en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, en aplicación del artículo 20 de la Constitución (es significativa la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia de 16 de marzo de 2001; y luego en infinidad de resoluciones: SSTC 98/1994, 52/1995, 187/1999, entre muchas sentencias más).

El régimen sancionador establecido en la Ley 22/2005 cumple, en principio, las exigencias derivadas del artículo 25 de la Constitución en punto a la predeterminación, mediante una norma con rango de ley, de las infracciones y las sanciones que correspondan a aquéllas.

Crítica de la indeterminación

Deja, no obstante, el legislador un margen relativamente amplio a la potestad reglamentaria, tanto del Gobierno de la Generalidad como del propio Consejo Audiovisual, cuya legitimidad constitucional es preciso contrastar.

No nos referimos tan sólo a la potestad reglamentaria genérica de desarrollo o ejecución, que, según el artículo 111.3 de la Ley 22/2005, corresponde al Gobierno de la Generalidad salvo en los aspectos que la propia Ley encomiende al Consejo del Audiovisual de Cataluña.

El artículo 131.1 habilita al Gobierno de la Generalidad para hacer uso de dicha potestad reglamentaria con el fin de especificar y graduar tanto las infracciones como las sanciones, permitiéndole concretamente identificar de forma más correcta las conductas infractoras, o determinar con mayor precisión las sanciones aplicables, aunque sin introducir nuevas sanciones (a los límites de la regulación *ex novo* de infracciones y sanciones por normas de valor reglamentario, se ha referido el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones; por ejemplo, Sentencias 50, 52 y 305/2003, 6/1994, 132/2001, 16/2004, etc.).

Pero el problema fundamental que se plantea, en torno a esta cuestión, es que varias de las infracciones a que se refiere el nuevo régimen sancionador establecido se tipifican por referencia a los «contenidos audiovisuales». Por ejemplo, el artículo 132.b) indica que constituye una infracción muy grave el «incumplimiento de los principios básicos de la regulación de los contenidos audiovisuales».

En muchos casos puede ser imprescindible, para apreciar la infracción, la intervención previa del propio Consejo del Audiovisual de Cataluña para, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuyen los artículos 77 y 117 de la Ley, determinar la regulación de los contenidos audiovisuales y predeterminar, de este modo, lo que puede configurarse como infracción por incumplimiento de los principios básicos de dicha regulación.

Así lo reconoce el legislador expresamente en el citado artículo 132.b) al definir como infracción muy grave «b) El incumplimiento de los principios básicos de la regulación de los contenidos audiovisuales. Sin perjuicio de lo que establece expresamente la presente ley, determinar si se ha cometido esta infracción requiere, si procede, comprobar los términos en que estos principios han sido definidos y explicitados mediante la instrucción del Consejo del Audiovisual de Cataluña y los términos en que han sido definidos y asumidos como deberes específicos a cargo de los prestadores de servicios audiovisuales en el marco de los acuerdos que hayan establecido con el Consejo».

A reserva de la valoración que en su día deba hacerse del uso que haga el Consejo de su potestad sancionadora, es preciso advertir que el precepto transcrito le habilita para configurar, como conducta antijurídica susceptible de ser sancionada con las más graves sanciones, la infracción de lo que discrecionalmente decida definir como «principio básico de la regulación de los contenidos audiovisuales».

La garantía que ofrece el Consejo del Audiovisual, tanto por la independencia como la especialización de sus miembros, no debe hacer perder de vista el riesgo de que se le permita ir definiendo

infracciones a golpe de instrucciones sobre los contenidos audiovisuales, pues puede abrirse con ello una brecha, en el régimen sancionador aplicable al sector, cuyas consecuencias son todavía imposibles de predecir.

En particular, la pantalla negra

Ya hemos advertido que la suspensión de las emisiones e incluso la revocación del título habilitante, son sanciones que ya estaban previstas en la legislación aplicable al sector. Y que la atribución de la potestad para imponerlas al Consejo del Audiovisual, en el ámbito propio de sus competencias, no implica sino un reforzamiento de las garantías del procedimiento sancionador, dada la independencia de la autoridad reguladora.

Dada la gravedad de estas sanciones, y la ablación que suponen de las libertades fundamentales de comunicación, el Consejo estará obligado a ponderar con extremo cuidado el principio de proporcionalidad en la aplicación de las mismas, debiendo motivar suficientemente sus decisiones por referencia al bien jurídico protegido o, como diría el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, explicando por qué la medida es «necesaria en una sociedad democrática».

No existe, sin embargo, en el momento actual, motivo de alarma ni razón para dudar del modo en que el Consejo llevará a cabo el ejercicio de sus funciones.

Lo que sí interesa destacar es que las concesiones de que disfrutaban los operadores audiovisuales integrados en UTECA, en la me-

didada en que han sido otorgadas por el Estado y están sometidas al régimen estatal, no pueden ser suspendidas ni mucho menos extinguidas o revocadas por un órgano creado por la Generalidad de Cataluña para el ejercicio de competencias autonómicas.

Por tanto, la imposición de la sanción de «pantalla negra», en cuanto supone en la práctica la suspensión del título habilitante y no sólo de la actividad, como indica el artículo 136 de la nueva Ley, no puede ser impuesta a estos concesionarios por el Consejo del Audiovisual de Cataluña, quien, en caso de estimarlo necesario, debe dirigirse a la autoridad estatal competente para que incoe el correspondiente expediente sancionador.

No se trata, por otra parte, de una auténtica excepción al régimen sancionador aplicable en Cataluña, pues la propia Ley 22/2005 excluye que pueda acordarse la suspensión o el cese de las actividades de los prestadores del servicio público audiovisual (artículo 130.2).

El riesgo de la censura previa

Con independencia de que la adopción de medidas provisionales ya estaba prevista en la legislación anterior, es indispensable advertir que el ejercicio de esta facultad no puede conducir a que se instaure un sistema de censura previa, pues ésta se halla estrictamente prohibida por el artículo 20.2 de la Constitución al establecer que el ejercicio de las libertades de información y expresión «no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa».

Con referencia a toda la amplia jurisprudencia anterior, es expresiva sobre el alcance de dicha prohibición la Sentencia del Tri-

bunal Constitucional de 25 de octubre de 1999 —caso «*Máquina de la verdad*»—.

El Tribunal Constitucional tiene ya declarado que con el artículo 20.2 la Constitución prohíbe «la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales» con el fin de evitar al legislador la tentación de someter el ejercicio de las libertades de expresión e información a cualesquiera autorizaciones, «sea cual fuere su tipo o carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes o valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación» (STC 187/1999). Y afirma que puede consistir la censura previa en «cualquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido» (STC 52/1983).

Si la medida provisional de suspensión de la actividad se dirige a evitar la emisión de un programa o grabación concretos, estaríamos ante un secuestro de grabaciones, es decir, ante un supuesto que, por aplicación directa del artículo 20.5 CE, exige la intervención judicial. Y ello sin que se deje en manos del poder judicial una discrecionalidad total en la apreciación de la procedencia del secuestro de la grabación de que se trate: dado que la medida supone «una gravísima restricción de tales libertades y derechos», los jueces no sólo se hallan sometidos en su actuación a la ley (que ha de ser orgánica), sino que deben respetar el contenido esencial de los derechos afectados, y motivar sus decisiones de manera que pueda controlarse el juicio de relevancia respecto a los derechos afectados que actúen como límite a aquellas libertades, con severa

observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (SSTC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999, y 187/1999).

Un árbitro insólito en los conflictos entre particulares

Una utilización de este tipo de competencias reconocidas al Consejo, que levantó una enorme contestación y polémica, fue su Acuerdo plenario de 19 de diciembre de 2005, en el que declaraba que diversas emisoras de radiodifusión «han incurrido en una vulneración de los límites constitucionales al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de información y de expresión, lo cual supone, asimismo, un incumplimiento grave del régimen concesional al cual dichas entidades se encuentran sometidas».

Como complemento de dicho Acuerdo, dos días después, el 21 de diciembre de 2005, el mismo Consejo del Audiovisual adoptó una Declaración «sobre el ejercicio de los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión en el ámbito de la comunicación audiovisual». En ella, el Consejo advierte a los operadores de comunicación audiovisual en Cataluña sobre el modo en que tienen que ejercerse dichas libertades y los límites que les afectan en cuanto al necesario respeto de otros derechos.

El Acuerdo y la Declaración citados expresan a las claras la convicción del órgano regulador catalán de que puede instituirse en árbitro respecto de los límites de las libertades de comunicación

cuando se confrontan con otros derechos, función que es claro que corresponde, en primera línea, a los tribunales de justicia y no a un órgano administrativo.

La polémica que suscitaron las decisiones indicadas se refirió justamente a la legitimidad del uso de las potestades públicas del Consejo para la defensa de derechos e intereses particulares que son susceptibles de ser amparados por vía jurisdiccional a instancia de los propios interesados. Así ocurriría, señaladamente, con los reproches destinados, en dicho Acuerdo, a ciertos periodistas por haber vulnerado, en opinión del Consejo del Audiovisual, el derecho al honor de personajes políticos concretos.

No consta, en los antecedentes del Acuerdo del Consejo del Audiovisual de 19 de diciembre de 2005, si el mismo fue adoptado como consecuencia de la denuncia de las personas afectadas por las informaciones y opiniones expresadas por los periodistas, o de terceros no directamente afectados en su derecho al honor. Más bien parece que ha ocurrido esto último ya que, según se deduce de dichos antecedentes, las denuncias han sido múltiples (el Consejo alude a una «cantidad significativa»), y las quejas se han referido, no tanto al trato recibido por personas concretas, como al «modo con el que se describen y valoran las pretensiones de representantes políticos de los ciudadanos de Cataluña en relación con el despliegue y mejora del sistema autonómico previsto en nuestro texto constitucional».

Para valorar esta pretensión de intervenir en la garantía de los derechos por parte del Consejo del Audiovisual, hay que partir de la siguiente consideración fundamental: ni la Constitución ni ninguna norma supranacional establece que las sanciones en materia

de derechos hayan de ser impuestas necesariamente en sede jurisdiccional y no en vía administrativa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclaró esta cuestión de la plena intercambiabilidad de las sanciones penales y administrativas hace ya más de veinte años, y así se ha mantenido en la jurisprudencia europea y constitucional hasta hoy (Sentencia del TEDH *Oztürk*, de 21 de febrero de 1984).

Por consiguiente, el Consejo del Audiovisual, como cualquier Administración pública, puede imponer sanciones para la protección de derechos de terceros, siempre que una ley le habilite específicamente y haya tipificado las infracciones y sanciones correspondientes.

Ahora bien, la intervención del Consejo del Audiovisual Catalán para imponer restricciones a la libertad de comunicación derivada de supuestas vulneraciones al honor o la intimidad de personas o instituciones, no es jurídicamente posible por otro orden de razones.

El honor es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, junto a la intimidad y el derecho a la propia imagen, en el artículo 18 CE. La regulación de este derecho, como de todos, cuando tiene carácter general, está atribuida a la exclusiva competencia del legislador estatal porque sólo él dispone del instrumento normativo adecuado, que es la ley orgánica, según previene el artículo 81.1 CE.

Aunque no todos los derechos fundamentales son objeto de una regulación específica, en el caso del honor, la intimidad y la propia imagen, el Estado estableció una regulación general protectora del mismo que sigue siendo la contenida en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a

la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Esta regulación complementa la establecida en el Código Penal donde se tipifican también como infracciones punibles las que afectan a los mencionados derechos.

La Ley Orgánica citada y la Ley Orgánica que aprobó el Código Penal no pueden ser modificadas por una norma autonómica que establezca un régimen específico de sanciones administrativas por razón de las mismas infracciones a idénticos derechos. Cualquier ley orgánica nueva, aprobada por el Estado, tal vez podría establecer un sistema alternativo de sanciones administrativas, pero no una ley autonómica, porque le falta rango suficiente para hacerlo. Menos aún, desde luego, una simple instrucción o una norma de cualquier clase aprobada por la Administración pública o, en concreto, por el Consejo del Audiovisual.

Esta es la objeción principal que puede oponerse a la pretensión de este organismo de velar por la protección del honor de las personas y las instituciones frente al contenido de las comunicaciones puestas en circulación por los medios audiovisuales.

Sencillamente, las leyes orgánicas reguladoras del derecho objeto de protección han jurisdiccionalizado cualquier controversia que las intromisiones en el mismo provoquen.

Habría que añadir, además, aunque no resulta preciso abundar en otros argumentos para oponerse a la pretensión del Consejo del Audiovisual, que la vulneración de los límites constitucionales de la libertad de información no siempre ha de llevar aparejada una sanción.

En cambio, la ponderación de estos derechos (honor, etc.) como límites a las libertades de expresión e información, utilizada

como uno de los parámetros de valoración del uso que se haya hecho de estas libertades, sí podría considerarse ajustada a Derecho. Pero, en el caso concreto examinado, habría que tener en cuenta también la incidencia de otros valores como, señaladamente, la necesidad de garantizar la libertad de opinión y el pluralismo sobre todo en el marco del debate político. Recuérdese que, conforme tiene declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en su Sentencia de 8 de julio de 1999 (caso *Baskaya y Okçuoglu contra Turquía*), «el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar a las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate político o de cuestiones de interés general». Además, sigue afirmando esta Sentencia, «los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto al Gobierno que a un simple particular o incluso a un hombre político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Gobierno deben situarse bajo el atento control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la opinión pública».

IV

LA OPORTUNIDAD PERDIDA CON LA RECIENTE REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. LOS PROBLEMAS CONTINÚAN

La inadecuada e incompleta reforma de la Ley de Propiedad Intelectual

El pasado 22 de junio de 2006 se aprobó en el Congreso de los Diputados (DS. Congreso de los Diputados, núm. 187, pág. 9387) una modificación de la Ley de Propiedad Intelectual a efectos de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva comunitaria 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Tal y como reza su Preámbulo, la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se reforma el TRLPI, se limita únicamente a trasponer la citada Directiva basándose en los principios de la «fidelidad al texto de la Directiva... y de mínima reforma de la actual normativa», dejando para un momento posterior «aspectos propios de la realidad española que deberán ser abordados en un futuro inmediato».

Por otra parte, y como novedad más destacada, se introduce en esta Ley el «derecho de puesta a disposición interactiva», atribuyendo expresamente a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores «un derecho

exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública». A estos efectos, el legislador introduce lo que denomina «pequeñas mejoras en la redacción» de los artículos referentes a la regulación de los derechos de reproducción y distribución para artistas, productores de fonogramas y productores de grabaciones audiovisuales (artículos 108, 116 y 122 TRLPI), modificando, igualmente, los derechos de remuneración de los autores (artículo 90 TRLPI). Sin embargo, lejos de constituir mejoras de redacción, se consolida el doble pago en los derechos de remuneración que desde hace tiempo viene denunciando UTECA, al mantener el carácter irrenunciable de las remuneraciones.

En efecto, las entidades de gestión vienen reclamando —con base al carácter irrenunciable de las remuneraciones— derechos que ya han sido abonados por los operadores de televisión, exigiendo un doble pago. Es el caso, por ejemplo, de los actores e intérpretes musicales que participan en obras de producción propia de las cadenas y cuyos derechos han sido abonados bien directamente a sus titulares o bien a las productoras que se encargan de su contratación.

Se mantiene, igualmente, la posibilidad de que las entidades de gestión colectiva de derechos establezcan unilateralmente sus tarifas, sin ningún tipo de control previo por la Administración sobre su proporcionalidad o equidad. Lo que unido a la ausencia total de transparencia de dichas entidades sobre sus repertorios, contratos con titulares de derechos, o destino de las cantidades recaudadas, refuerza la posición de dominio de las entidades de gestión en un marco regulador inaceptable.

Otra de las cuestiones que se dejan sin regular es la futura Comisión de Propiedad Intelectual como organismo arbitral que sus-

tituiría a la, hasta ahora ineficaz, Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual; si bien, se habilita al Gobierno (Disposición Adicional Segunda) para que mediante Real Decreto modifique, amplíe y desarrolle sus funciones.

Por otra parte, y a pesar de haber sido el artículo 25 uno de los que mayores modificaciones ha sufrido, se deja sin reconocer expresamente a los operadores de televisión el derecho a ser remunerados por copia privada, como lo son el resto de titulares de derechos de propiedad intelectual; garantizando su participación en las cantidades recaudadas por este concepto.

En definitiva, con esta reforma se desatienden nuevamente las reclamaciones fundamentales de UTECA expuestas en las diferentes reuniones mantenidas con los grupos parlamentarios, en el trámite de enmiendas, así como en los diversos Informes remitidos al Ministerio de Cultura.

La regulación de la Propiedad Intelectual y, en particular, la gestión de los derechos de autor y afines, continúa siendo una fuente inagotable de conflictos entre usuarios y entidades de gestión colectiva de derechos.

La tramitación parlamentaria de la Ley: un largo camino para mantener un texto que favorece el enriquecimiento injusto de las entidades de gestión

El 26 de julio de 2005 se presentó en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto

Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Su tramitación ante la Comisión de Cultura y la posterior presentación y ampliación de Enmiendas —Congreso-Senado—, informe y debate ha durado prácticamente un año hasta su aprobación definitiva el pasado 22 de junio de 2006.

UTECA presentó su documento de Enmiendas al Proyecto de Ley el 18 de octubre de 2005, adhiriéndose al documento presentado por AERC ante la Comisión de Cultura del Congreso, destacando aquellos aspectos que más preocupan a los operadores privados de televisión (artículos 25, 108, 113.3.º, o 116 del TRLPI).

Por otra parte, se remitieron informes y propuestas transaccionales de enmiendas a los principales grupos parlamentarios, además de mantener reuniones con los portavoces de la Comisión de Cultura a efectos de explicar y justificar las propuestas de UTECA.

En relación con las reivindicaciones de UTECA, estos fueron los resultados:

Artículo 25. Derecho de remuneración por copia privada.

Ninguna de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios recogió la pretensión de los miembros de UTECA para que se reconozca a las entidades de radiodifusión un derecho de remuneración por copia privada, igual que al resto de los titulares de derechos de propiedad intelectual (artistas, productores, etc.) Cuestión ésta sobre la convendría seguir insistiendo en la anunciada reforma global de la Ley.

Artículo 90. Remuneración de los autores.

Además de establecer, sin más, que tienen derecho a percibir la remuneración que proceda «de acuerdo con las tarifas generales»

establecidas por la entidades de gestión —nada se dice sobre su equidad, carácter único, o negociación—; sigue favoreciendo el doble pago por la misma clase de utilización. Derecho de comunicación pública que según resulta del artículo 90.6 sería irrenunciable; lo que no está previsto norma comunitaria alguna.

Artículo 108. Comunicación pública (artistas, intérpretes o ejecutantes).

El grupo parlamentario de CIU acogió la propuesta de modificación UTECA/AER; eliminando el derecho irrenunciable del apartado 2.º, suprimiendo el apartado 3.º del artículo, e incluyendo el concepto de remuneración equitativa y única en el apartado 5.º Siendo, igualmente positiva la Enmienda propuesta por EAJ-PNV, añadiendo al apartado 1.b) del Proyecto (derecho de puesta a disposición del público) que dicho derecho no corresponderá «cuando se haya autorizado la comunicación pública conforme a lo previsto en el apartado a)»; y ello, a efectos de evitar el encarecimiento del producto y dobles pagos, tal y como viene defendiendo UTECA.

Sin embargo, la Ley 23/2006 mantiene el carácter «irrenunciable» del derecho; lo que resulta contrario a la norma comunitaria que, recordemos, no establece ningún derecho irrenunciable e intransmisible. El derecho siempre debe poder cederse, a cambio, claro está, de una remuneración equitativa a su titular; otorgar, además, un derecho irrenunciable de transmisión (que recaudará la entidad de gestión) no hace más que favorecer un doble pago por el mismo derecho.

Se siguen manteniendo, pues, las incoherencias denunciadas en el Informe UTECA 2005.

Artículo 116. Comunicación pública (productores fonogramas).

Acogieron en trámite de enmiendas la postura de UTECA las propuestas de Izquierda Verde y de CIU eliminando el derecho exclusivo del productor de fonogramas para autorizar la comunicación al público de dichos soportes. En ese sentido, justifica CIU su Enmienda manifestando, al igual que UTECA, que «la tramitación de este Proyecto brinda la ocasión para poner en línea nuestra legislación con el derecho internacional convencional sobre la materia y optar por la existencia de un único derecho de remuneración compartido entre productores y artistas y suprimiendo el derecho exclusivo de comunicación pública de los productores de fonogramas».

Cabe recordar, que ni los Tratados internacionales ni la Directiva 2001/29 atribuyen un derecho exclusivo de comunicación pública a los productores de fonogramas; sin embargo, con la nueva Ley, se sigue favoreciendo la duplicación de derechos de los productores de fonogramas. Esta situación privilegia el poder de mercado de las multinacionales que operan en el sector y que gestionan conjuntamente sus derechos a través de la correspondiente entidad de gestión colectiva, incurriendo en prácticas abusivas y discriminatorias que acaban de ser sancionadas recientemente por el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución Expte. 593/05, Televisión), como se analizará más adelante.

Artículo 122. Comunicación pública (productores grabaciones audiovisuales).

Resulta coherente con las propuestas de UTECA la Enmienda de Izquierda Verde evitando una duplicidad de derechos, al reco-

nocer a los productores de grabaciones audiovisuales el derecho a una remuneración equitativa y única, «sin que en estos casos tales productores ostenten el derecho exclusivo de autorizar dicha comunicación al público». Sin embargo la Ley vuelve a incurrir en los mismos errores favoreciendo el enriquecimiento injusto de las entidades de gestión.

En estos términos, la reciente modificación del TRLPI no «mejora» sino que mantiene en su regulación las incoherencias denunciadas por UTECA a lo largo de estos años. Los derechos siguen sin ser renunciables por parte de sus titulares, por lo que en la práctica los operadores de televisión tienen que adquirir dos veces los derechos de propiedad intelectual que utilizan: primero de sus titulares mediante contrato (que de lo contrario se niegan a participar en programas y producciones televisivas), y más tarde, abonando a las entidades de gestión los derechos que supuestamente forman parte de los repertorios que ellas representan.

De esta forma se sigue dando la circunstancia de que entidades de gestión —como AIE— reclaman derechos que ya han sido abonados por los operadores de televisión a sus titulares originales; exigiendo, en definitiva un doble pago contrario a la Ley.

La inaplazable exigencia de transparencia a las entidades de gestión

UTECA viene reclamando desde hace años la necesidad de modificar con urgencia la Ley de Propiedad Intelectual al objeto de imponer estrictas condiciones de transparencia a las entidades de gestión colectiva de derechos, en relación: a) con los repertorios

que gestionan; b) las tarifas; y c) el reparto de las cantidades recaudadas.

En efecto, la mayoría de las entidades de gestión siguen sin justificar el repertorio que gestionan o el posterior reparto de las cantidades recaudadas. Se atribuyen, sin más, una representación mundial de artistas, autores, etc. sin tan siquiera acreditar los contratos de gestión que tienen suscritos con sus titulares, o los acuerdos de reciprocidad con entidades extranjeras. Dándose incluso la circunstancia de que alguna de estas entidades retienen importantísimas cantidades sin repartir, prescribiendo en algunos casos (así, por ejemplo, en la Memoria anual 2004 de AIE se pone de manifiesto que se ha acumulado una cantidad superior a los 26 millones de euros que se han ido acumulando sin repartir).

UTECA considera esta situación inaceptable, como ya denunció en su Informe 2005, debiendo devolverse aquellas cantidades no repartidas a los usuarios que las han abonado; ya que de otra forma se estaría permitiendo un enriquecimiento injusto de las entidades de gestión.

Por otra parte, sigue sin resolverse una de las cuestiones más decisivas del sistema, como es la concepción de las tarifas y su aplicación a los operadores de televisión.

El ordenamiento vigente continúa permitiendo que las entidades de gestión fijen unilateralmente sus tarifas, con total libertad y sin ningún tipo de límite. No existe, en efecto, en la LPI ningún sistema previo de control, supervisión o ponderación que garantice que las tarifas que estas entidades exigen sean razonables, equitativas y proporcionadas.

Esta regulación está generando infinidad de conflictos no sólo entre usuarios y entidades de gestión de derechos, sino entre las propias entidades de gestión. Y ello, sencillamente, al continuar permitiéndose que las entidades de gestión establezcan sus tarifas de forma unilateral y sin justificación alguna

Ya la Comisión Europea en su Comunicación, de 16 de abril de 2004 [COM (2004) 261] sobre «*la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior*» estableció que, debe efectuarse, en todo caso, respetando las normas de la competencia y de acuerdo con los principios de equidad, transparencia, responsabilidad y proporcionalidad; en un marco de seguridad jurídica tanto para los titulares de derechos, las entidades de gestión y los usuarios.

Marco, que no garantiza, en modo alguno, la actual regulación de la gestión de los derechos de propiedad intelectual. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia viene advirtiendo, desde el año 2000 (Resolución de 27 de julio. Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), que «la competencia en esta materia se (ha) visto frustrada por una realidad en la que la pléyade de nuevas entidades de gestión autorizadas está constituida por numerosas instituciones, pero en la que cada una sólo gestiona derechos de un único sector, con lo que la competencia en la gestión de los diversos derechos de la propiedad intelectual sigue brillando por su ausencia, aunque con un coste para el usuario ahora notoriamente acrecido porque se han multiplicado los derechos reconocidos y también los monopolios gestores de los mismos, que convergen aspirando cada uno a su exacción, recayendo todas éstas en unos operadores económicos que no tienen ninguna seguridad de que alguna nueva entidad de gestión les demande un nuevo pago» (Fundamento de Derecho Tercero).

Las entidades de gestión son organizaciones monopolísticas que disfrutan de una posición de dominio, ya que su poder e independencia de comportamiento son muy grandes respecto de los usuarios (en este caso, las cadenas televisivas) de los derechos de los que son titulares. «Y este poder y esa independencia de comportamiento son las que otorgan a estas entidades una notable capacidad para modificar en provecho propio las tarifas, capacidad que resulta plena si, en lugar de negociarlas como les impone la Ley, las imponen unilateralmente» (Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000).

Por otro lado, la inexistencia de un control administrativo de las tarifas fijadas unilateralmente por las entidades de gestión, y comunicadas, sin más, al Ministerio de Cultura, está provocando conflictos entre dichas entidades que no hacen más que probar la inseguridad y falta de criterios rigurosos en la fijación de las mismas.

Conflictividad con las entidades de gestión: abusos de la posición dominante

El déficit regulatorio de la Ley de Propiedad Intelectual identificado por UTECA, y a expensas de su necesaria reforma, está siendo paliado en cierta forma por las autoridades de Defensa de la Competencia.

En efecto, el abuso de posición de dominio de las entidades de gestión imponiendo tarifas no equitativas y discriminatorias ha sido recientemente confirmado por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así, el procedimiento abierto por el Servicio de Defensa de la Competencia frente a AGEDI, por abuso de posi-

ción de dominio en la imposición de precios no equitativos y condiciones desiguales, ha finalizado mediante Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisiones).

En dicho Expediente el Tribunal ha podido constatar como la entidad de gestión ha venido modificando las tarifas por utilización de los fonogramas del repertorio de AGEDI hasta en cinco ocasiones desde el año 1989: años 1994, 2000, 2002, 2003 y 2004. Imponiendo unilateralmente sus tarifas y sin atenerse a criterio alguno.

El Tribunal aprecia en su resolución la evidente posición monopolística de la entidad de gestión en el mercado de referencia (productores fonográficos) lo que le permite incurrir en conductas abusivas mediante la determinación de unas tarifas excesivas, arbitrarias y discriminatorias, como las denunciadas por Antena 3 y Telecinco.

El TDC vuelve a reiterar la complejidad del sistema instaurada en la Ley de Propiedad Intelectual, «cuestión que siempre ha supuesto dificultades muy considerables», así como la dificultad de comparar las tarifas de entidades españolas con las de sus homólogas europeas. Y ante la duda, no llega a resolver expresamente qué debe considerarse una tarifa equitativa y razonable.

Sin embargo, no le queda ninguna duda al Tribunal de Defensa de la Competencia de que la entidad de gestión ha impuesto tarifas abusivas y discriminatorias a operadores como Telecinco o Antena 3, respecto a las aplicadas a TVE. Y lo hace de la siguiente forma:

«Por cuanto antecede, hay que tener en cuenta que están acreditadas las cantidades que AGEDI percibió de TVE por el uso de fonogramas»

gramas en dos canales de televisión desde 1990 a 2002 (Hechos Probados 2, 7.2 y 7.4), que las cantidades reclamadas a cada una de las denunciantes por la misma prestación y en el mismo período de tiempo fueron alrededor de seis veces superiores en términos relativos, que las tres operadoras de televisión (A3-TV, T5-TV y TVE) son competidoras en el mercado español de televisión en abierto y que no ha habido justificación objetiva alguna para tal actuación. Todo lo cual ha ocasionado una desventaja competitiva a las dos primeras frente a su competidora TVE. En consecuencia, el Tribunal considera que no hay duda de que AGEDI ha cometido una infracción de abuso de su posición dominante en el mercado, incurso en los artículos 6.2.d) LDC y 82 TCE, por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en la utilización de sus fonogramas por las emisoras denunciantes de televisión en abierto en el mercado nacional, cuando, precisamente, AGEDI como beneficiaria de un monopolio legal, no podía discriminarlas tan desproporcionadamente ni siquiera como punto de partida de una negociación que, de permitirse, quedaría viciada desde el principio».

Finalmente, resulta de interés destacar cómo la Resolución (Fundamento de Derecho 10), acogiendo la jurisprudencia ya asentada del TJCE (*SENA/NOS*), establece como sistema más apropiado para el cálculo de las tarifas aquél que tenga en cuenta, fundamentalmente, el uso real del repertorio (los fonogramas en ese caso).

Es decir, en palabras del propio Tribunal, «el espacio de tiempo de emisión que ocupan estas producciones fonográficas en la programación de las emisoras de televisión, como tienen acordado con AGEDI en el caso de los vídeos musicales, cuando, además ese es también el sistema que aplica AGEDI como base de reparto de

los derechos recaudados y dadas las mejoras técnicas experimentadas en los sistemas de medición».

Se impuso, finalmente, una multa de 300.000 € a la entidad de gestión, además de intimarla para que en el futuro cese de abusar de su posición de dominio imponiendo tarifas, en ese caso, discriminatorias y sin justificación objetiva alguna a los usuarios.

Remuneración equitativa: utilización real de los repertorios

La cuestión más decisiva, pues, afecta a la formulación de las tarifas y su aplicación a los operadores de televisión, que se hace simplemente aplicando un porcentaje, sin criterio objetivo alguno, sobre el volumen total de ingresos de las empresas. El sistema es contrario, *per se*, a la propia Ley de Propiedad Intelectual que impone a la entidades de gestión la obligación de contratar con los operadores en condiciones razonables y de establecer una «remuneración equitativa».

Se trata de una situación jurídica y económicamente insostenible para los asociados de UTECA, debiendo regularse urgentemente, en la futura reforma, un sistema que establezca los criterios o parámetros que deban respetarse a la hora de fijar las tarifas; y entre otros, evidentemente, la importancia de los repertorios en las parrillas de televisión y la utilización real de los mismos. Como ya ha apuntado el Tribunal de Defensa de la Competencia en la reciente Resolución de 13 de julio de 2006.

En efecto, el concepto de remuneración equitativa ha sido considerado por el Tribunal de Justicia como una noción autóno-

ma de Derecho comunitario que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros por referencia al valor real de dicha utilización y a la utilización real de dichos fonogramas (STJCE *SENA/NOS* de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00).

Considera el TJCE en dicha Sentencia, tras preguntarse conforme a qué criterios se debe determinar la cuantía de la remuneración equitativa, que «... el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 no se opone a un método de cálculo de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas que haga uso de factores variables y fijos, tales como la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales, puesto que dicho método permite alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables y no es contrario a ningún principio del Derecho comunitario» (apartado 46).

Criterio este último, que ha sido recientemente confirmado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 2005 [asunto C-192/04, *Lagardère Active Broadcast contra Société pour la perception de la rémunération équitable*

(SPRE), *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*], en la que se vuelve a confirmar que «los Estados miembros deben ejercer su competencia en este ámbito dentro de los límites que impone el Derecho comunitario y, en particular, el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 que exige que tal remuneración sea equitativa. Más concretamente, deben prever criterios de la remuneración equitativa que permitan lograr un equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dichos fonogramas en condiciones razonables (Sentencia *SENA*, antes citada, apartado 36)».

«Así, dicha remuneración, que representa la contraprestación de la utilización de un fonograma comercial, en particular, para su radiodifusión, implica que su carácter equitativo sea analizado con referencia, entre otros criterios, al valor de dicha utilización en los intercambios económicos (Sentencia *SENA*, antes citada, apartado 37)».

Se establece por primera vez a nivel comunitario, qué puede entenderse por un criterio equitativo y razonable en la determinación de las remuneraciones de los derechos de propiedad intelectual, basado en parámetros fijos y variables (tarifas, nivel de audiencia, remuneraciones aplicadas a otros operadores, utilización efectiva, etc.). Criterio que dista mucho, del que unilateralmente vienen exigiendo las entidades de gestión.

Conflictos entre entidades: el clima de la inseguridad jurídica

Buena muestra de la inseguridad jurídica que genera la Ley de Propiedad Intelectual, son los conflictos existentes entre las propias entidades de gestión para el reparto de las cantidades recaudadas. Así, se ha podido conocer cómo algunas entidades de gestión tratan de recaudar derechos que no les corresponden, o modificar a su libre arbitrio las tarifas previamente notificadas al Ministerio de Cultura.

Sirva de ejemplo, a estos efectos, el reciente conflicto entre dos de las entidades que recaudan los remuneraciones de artistas e intérpretes:

Las Tarifas oficiales comunicadas por AISGE-AIE al Ministerio de Cultura en el año 1998 consistían en el 1,87 por 100 de los ingresos brutos del usuario. De este 1,87 por 100, el 80 por 100 corresponde a AISGE (1,5 por 100) mientras que el 20 por 100 (0,37 por 100) corresponde a AIE.

Sin embargo, AIE esgrimió —primero ante AISGE y luego en los Tribunales— un documento privado suscrito en el año 1998 entre su Director General y el de AISGE según el cual se habría modificado el porcentaje de reparto de la tarifa oficial, pasando del reparto oficial 80 por 100-20 por 100 a un 66,6 por 100-33,3 por 100.

Ese nuevo porcentaje de reparto, al no ser reconocido por AISGE, ha propiciado un contencioso entre ambas entidades que dirimió ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario n.º 12/2004. Procedimiento en el que se denunció la existencia de unos contratos entre AIE y AISGE,

nunca invocados antes ante los usuarios ni ante el Ministerio de Cultura, de los que resultarían tarifas diferentes a las exigidas a los operadores de televisión.

Dichos pactos internos alteran sustancialmente las tarifas que realmente corresponderían a cada entidad de gestión, afectando, en consecuencia, al requisito de razonabilidad y equidad exigido por la Ley de Propiedad Intelectual.

En dicho procedimiento reclama AIE que el Juzgado de lo Mercantil declare:

«Que los ingresos que se reciban por AISGE y AIE de TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., ANTENA 3 TELEVISIÓN, S.A., GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. y SOGECABLE, desde el 1 de enero de 1995 en concepto de remuneración equitativa y única del artículo 108.3.2.º TRLPI por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales previstos en el artículo 20.2 c) TRLPI y llevado a cabo por dichas sociedades (TVE, A3, T5, C+) deben distribuirse de forma que AISGE perciba 2/3 de la cantidad pagadera y AIE 1/3 de la misma, con independencia de las tarifas individuales de AISGE y AIE que conforman la tarifa conjunta de ambas Entidades de Gestión, condenando a AISGE a estar y pasar por dicha declaración y a satisfacer a AIE, conforme a los mencionados porcentajes, las cantidades que hubiera percibido de TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., ANTENA 3 TELEVISIÓN, S.A., GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. y SOGECABLE, S.A., hasta la fecha de la presentación de esta demanda, así como aquellas que percibiera en el futuro de dichas sociedades».

Porcentajes que nada tienen que ver con los comunicados al Ministerio de Cultura y que son, buena muestra de la inequidad y arbitrariedad con la que la que las entidades de gestión determinan las tarifas.

Por otro lado, el Servicio de Defensa de la Competencia ha archivado recientemente la denuncia formulada por AIE frente a AISGE y las televisiones que negociaron y suscribieron con dicha entidad unos contratos que sí tenían en cuenta la utilización real del repertorio.

Tras un período de negociación, los contratos suscritos por Telecinco y Antena 3 con AISGE prevén que el pago del 1,50 por 100 de la tarifa AISGE se aplicará sobre el 60 por 100 de los ingresos de explotación (cuando las tarifas generales eran sobre el 100 por 100); así como importantes minoraciones de las cantidades a abonar: en función de la inversión anual de las televisiones en producciones audiovisuales (contribuyendo a la contratación de artistas españoles), y en función de la emisión de interpretaciones del repertorio de AISGE (reduciéndose la cuota un 5 por 100 si superan el 50 por 100 del total del tiempo de emisión de la cadena). Se establece, en definitiva, un sistema de cálculo de las tarifas generales de AISGE acorde con la utilización real de su repertorio.

Pues bien, el Servicio de Defensa de la Competencia archiva (Acuerdo de 10 de marzo de 2006) la denuncia de AIE al considerar que no existe ningún indicio de que los contratos entre AISGE y las televisiones constituyan acuerdos prohibidos. No sin antes recordar que AIE y AISGE ostentan, respectivamente, distintos monopolios sobre la gestión de los derechos de comunicación pública de diferentes categorías de titulares: los artistas intérpretes o ejecu-

tantes musicales (AIE) y los actores, bailarines y los directores de escena (AISGE). Reconociendo a ambas entidades poder y capacidad negociadora independiente sobre sus repertorios, sin que sean competidoras en ningún mercado.

El Acuerdo ha sido recientemente confirmado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución Expte. r. 686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes, 28 de septiembre de 2006).

En definitiva, se puede observar sin mayor dificultad cómo el sistema instaurado en la Ley de Propiedad Intelectual no funciona como debiera en términos de seguridad jurídica y de libre mercado, favoreciendo el establecimiento, por parte de organizaciones monopolísticas, de unos precios y tarifas desproporcionadas, no equitativas y esencialmente arbitrarias.

En todo caso, las denuncias administrativas y judiciales por infracción de la LPI o de la normativa de defensa de la competencia son procesos largos y costosos, donde lo único que se puede llegar a conseguir es una declaración de que efectivamente las tarifas son abusivas y discriminatorias (Expte. TDC 593/05, Televisión), pero sin resolver el problema de cuál es la tarifa razonable que estas entidades pueden exigir. Lo que debería de fijar la Ley conforme a parámetros objetivos y transparentes.

La futura Comisión de Propiedad Intelectual. Propuestas sobre su posición y funciones

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 23/2006 «habilita al Gobierno para que, mediante Real Decreto, modifique, amplíe y

desarrolle las funciones que el artículo 158 de esta Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, debiendo incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos en los que sean parte las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual entre sí o entre alguna o algunas de ellas y una o varias asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión. La Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual».

A pesar de que algunos Grupos parlamentarios (Grupo Mixto, Coalición Canaria o Partido Popular) consideraron necesario reformar y regular en esta Ley la Comisión arbitral —dotándola del personal y funciones necesarias—, se regula de forma provisional y genérica un organismo tan determinante para la resolución de conflictos entre entidades de gestión y usuarios.

UTECA siempre ha mantenido la necesidad de potenciar las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, con la finalidad de convertirla en una pieza clave del sistema de gestión de derechos, como órgano de resolución de conflictos, con el objeto de trasladar a la misma gran parte de los problemas que hoy día se solventan en largos y costosos procesos ante las instancias judiciales. Dando así cumplimiento exacto a la Moción del Congreso de los Diputados de junio de 2002, aprobada por todos los Grupos Parlamentarios.

A estos efectos, y con el objeto de que el Gobierno cumplimente cuanto antes la habilitación normativa de la Disposición Adicional Segunda, UTECA ha remitido este verano pasado un Borrador de Real Decreto en el que —entre otras funciones— se

recoge que la Comisión esté facultada para fijar precios o remuneraciones sustitutorias de las establecidas por las entidades de gestión; aplicando, para ello, criterios de proporcionalidad con el repertorio gestionado y con el uso realizado.

Dicho Real Decreto tendría por objeto desarrollar las funciones de fijación de cantidades sustitutorias de tarifas, de remuneraciones equitativas, y de resolución de conflictos de la Comisión de Propiedad Intelectual, dotando a la Comisión de la estructura y los medios necesarios para ello.

Así, la Comisión podrá fijar las cantidades sustitutorias de las tarifas a petición de los usuarios o de sus asociaciones representativas; teniendo en cuenta, al menos, los siguientes parámetros:

- a) El repertorio acreditado de la entidad de gestión, y la utilización real del mismo por parte del usuario o entidad de radiodifusión solicitante.
- b) La relevancia de la utilización del repertorio en el conjunto de la actividad del solicitante.
- c) Los beneficios económicos o de otra naturaleza obtenidos por el solicitante por la explotación del repertorio de la entidad de gestión. Para la estimación de tales beneficios habrán de tenerse en cuenta parámetros tales como la audiencia y estacionalidad.
- d) Las cantidades abonadas por el usuario o entidad de radiodifusión directamente a los titulares de los derechos de propiedad intelectual que constituyen el repertorio de la entidad de gestión, o a la propia entidad de gestión en concepto de derechos exclusivos, a los efectos de evitar

que se produzca duplicidad de pagos por el mismo concepto.

- e) La cuantía global que el usuario o entidad de radiodifusión solicitante esté abonando, o siendo requerido para que abone, al conjunto de entidades de gestión de propiedad intelectual legalmente autorizadas, a los efectos de garantizar que dicho monto global no suponga una carga desproporcionada para el usuario.
- f) Los contratos o acuerdos alcanzados por la entidad de gestión con otros usuarios o entidades de radiodifusión para el mismo tipo de utilización del repertorio.
- g) Las tarifas previstas por la entidad de gestión para otras modalidades de explotación de los mismos derechos.

Por otra parte, esta Comisión debe estar facultada para determinar el importe, forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria previstos en la Ley cuando las entidades de gestión no lleguen a un acuerdo con las asociaciones de usuarios representativas del sector correspondiente, las entidades de radiodifusión y otros usuarios especialmente significativos a juicio de la Comisión. Siguiendo, para ello, y a efectos de determinar una remuneración equitativa, los parámetros indicados para la determinación de las cantidades sustitutorias.

Finalmente, esta Comisión tendría facultades para decidir los conflictos entre entidades de gestión, a petición de cualquiera de ellas; así como los conflictos que puedan surgir, entre las entidades de gestión y las entidades de radiodifusión o asociaciones de usuarios, a petición de cualquiera de las partes, como consecuencia de

la interpretación, aplicación o vigencia de los contratos suscritos entre las referidas entidades de gestión y las entidades de radiodifusión o asociaciones de usuarios.

En definitiva, el sistema debería reformarse en profundidad de manera que la Comisión sea realmente un órgano independiente y capacitado para valorar los derechos de propiedad intelectual que se otorgan a sus titulares en su justa medida, atendiendo a su importancia económica y situación financiera de los operadores.

Asociación para la gestión de derechos de teledifusión

Los socios de UTECA tienen previsto constituir una Asociación para la protección y gestión de los derechos de propiedad intelectual de los que sean titulares las entidades de televisión, cualquiera que sea su forma de transmisión.

La gestión de la Asociación se extendería, de conformidad con lo previsto en el artículo 126 del Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual a los siguientes derechos:

- a) El derecho exclusivo de las Entidades de televisión a autorizar la fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual; la reproducción de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones; la retransmisión por cualquier procedimiento técnico de las mismas; su comunicación pública cuando se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de una cantidad en concepto de derecho de admisión o de entrada; y

la distribución que finalmente pueda realizarse de la fijación de dichas emisiones o transmisiones.

- b) Los derechos de remuneración que puedan surgir de las transferencias, cesiones y concesiones de licencias contractuales, que las Entidades de televisión puedan concertar respecto a la reproducción y distribución de las fijaciones de sus emisiones y transmisiones.
- c) Los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtulado de las obras audiovisuales creadas en virtud de la condición de productoras de las Entidades de televisión, salvo que expresamente no aparezcan cedidos al productor.
- d) Los derechos de fijación, reproducción y comunicación pública de las grabaciones audiovisuales que los artistas intérpretes o ejecutantes hayan transferido a las Entidades de televisión, en cuanto productoras de las mismas.
- e) Cualquier otro derecho, que no hallándose recogido en alguno de los apartados anteriores, integre el contenido de la propiedad intelectual de la que son titulares las Entidades de televisión.

Esta Asociación contribuiría, sin dudas, a una más eficaz protección de los derechos gestionados por la Asociación en cuanto titulares de un derecho de propiedad intelectual.

La futura y necesaria reforma de la LPI

El Ministerio de Cultura debería, pues, impulsar una reforma inmediata de la LPI que afronte las regulaciones que vienen preocupando a los operadores privados desde hace años; y que permitirían contar en nuestro país con una Ley de calidad, acorde con el Derecho comunitario y las regulaciones existentes en los países de nuestro entorno, y que, resulte positiva para los intereses generales.

La futura reforma debería, al menos, abordar de forma definitiva:

- (i) Los aspectos relativos a la regulación de las entidades de gestión de derechos: garantía de transparencia, establecimiento de sistemas tarifarios proporcionados al uso real de los repertorios, dotar de contenido y eficacia a la Comisión de Propiedad Intelectual.
- (ii) El derecho de los operadores de televisión a ser remunerados por copia privada (artículo 25 TRLPI).
- (iii) Eliminar los dobles pagos injustificados a determinados titulares de derechos de propiedad intelectual (artículos 90, 108, 116 y 122).

Los operadores de televisión no pueden seguir funcionando con la inseguridad jurídica actual, debiendo articularse un sistema que garantice que la remuneración total que deban abonar por la utilización de los derechos de propiedad intelectual sea razonable, proporcionada y adecuada conforme a unos parámetros objetivos. Evitándose, en todo caso, los abusos monopolísticos frecuentes en las entidades de gestión de derechos a través de la determinación desproporcionada y arbitraria de las tarifas.

La futura reforma de la Ley debe, pues, establecer los mecanismos necesarios para garantizar la publicidad de las tarifas, así como la determinación de las mismas mediante parámetros o criterios que deba respetarse a la hora de fijar aquéllas (relevancia creativa, importancia para los usuarios, etc.); y que impidan su falta de equidad, arbitrariedad y desproporción.

Finalmente, además de la implantación del principio del pago por utilización real del repertorio, la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual debe establecer fórmulas de negociación más ágiles y eficaces entre los usuarios y las entidades de gestión; evitando que estas últimas impongan, sin más, sus tarifas como punto de partida de una negociación

El Ministerio de Cultura tenía previsto remitir a lo largo del primer trimestre de 2006 un Borrador de reforma general de la Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, el año está nuevamente llegando a su fin sin que se haya avanzado nada.

La propuesta del Tratado de la OMPI para la protección de los organismos de radiodifusión

La Propuesta de Tratado de la OMPI para la protección de los organismos de radiodifusión, lleva tramitándose desde hace casi una década. Promueve la actualización de los derechos de los radiodifusores, la cual resultaría del abandono de la concepción de los radiodifusores como meros usuarios de derechos de propiedad intelectual, reconociéndoseles también derechos propios y específicos de esa categoría (se establecen derechos de retransmisión, comunicación al público, fijación, reproducción, distribución, transmisión y puesta a disposición, que beneficiarían a los organismos de radiodifusión).

Dicho reconocimiento, no sólo reforzará la protección de las entidades de radiodifusión en el nuevo entorno digital, sino que les permitirá también adaptarse a las tecnologías emergentes, permitiéndoles defenderse de modo adecuado del uso inapropiado de su señal (extremo del todo imposible si se tiene en cuenta la actual normativa internacional sobre propiedad intelectual vigente, esto es, la Convención de Roma de 1961) e impulsando su crecimiento.

La última reunión del Comité de Derechos de Autor y otros Derechos de Propiedad Intelectual de la OMPI, celebrada el pasado 30 de septiembre de 2006, ha tenido una importancia capital en todo el proceso negociador, ya que de las votaciones realizadas en la misma podía resultar la aprobación o rechazo final del Proyecto tramitado. Afortunadamente, en la misma se ha acordado la convocatoria, en Ginebra (Suiza), del día 19 de noviembre de 2007 al 7 de diciembre de ese mismo año, de una Conferencia Diplomática sobre la protección de los Derechos de las organizaciones de radiodifusión, cuyo objetivo es negociar y concluir la aprobación del citado Tratado OMPI para la protección de los organismos de radiodifusión, incluyendo entre los mismos los operadores de cable.

Parece por tanto haberse superado uno de los fundamentales puntos de conflicto entre los países negociadores, y que era la inclusión o no en el ámbito del Tratado de la figura del *webcasting* —emisión televisiva única y exclusivamente por Internet—, inclusión a la que muchos países se oponen, entendiendo que sólo los difusores que obtengan licencia en el entorno *off-line*, son merecedores de una licencia similar en la red (dicho requisito se justificaría en el hecho de que los mismos, han obtenido generalmente, en todas las partes del mundo, una concesión estatal; el Estado, o un organismo estatal

creado *ad hoc*, les controla; están sometidos al pago de una tasa y tienen que cumplir misiones de interés general y social).

En este sentido, cabe subrayarse que, en la Asamblea General del pasado 30 de septiembre, se acordó llegar a un «acuerdo de compromiso» en la futura Conferencia Diplomática que habría de alcanzarse entre los tres bloques que sostienen posturas enfrentadas, a saber, EEUU, de una parte, la Unión Europea, de otra, y los países en vías de desarrollo, como tercera. El conflicto vendría motivado, como ya hemos dicho, por la intención o no de extender el ámbito de protección del Tratado a Internet. A este respecto, EEUU sería partidaria de la inclusión de todo tipo de *webcasting*, EU sólo de la inclusión del *simulcasting* cuando este lo realice una entidad que haya obtenido la pertinente licencia en el entorno *off-line* —por las razones más arriba señaladas—, y los países en vías de desarrollo, que propondrían la exclusión total del ámbito cibernáutico.

Si una cosa es segura es que la aprobación del citado Proyecto de Tratado robustecerá los derechos de los radiodifusores, siendo esa una consecuencia directa del reconocimiento expreso que la OMPI haría con su aprobación del papel protagonista que la radio y la televisión tienen en la difusión de la cultura, así como garante de las libertades de información y expresión, y de la necesidad palpable de que estos organismos puedan disfrutar de una protección adecuada de sus intereses. La aprobación de proyectos como el que nos ocupa supone la búsqueda de una conciliación y de un interés común, a saber, la necesidad de protección de la cultura desde su inicio y hasta que llega al consumidor final.

Pero para que la protección ofrecida por el Tratado a los operadores sea eficaz, habrá de incluirse también, en el futuro, una defi-

nición y protección de la señal que incluya la «señal pre-emitada», esto es, aquella que aún no se ha recibido del punto de partida de la emisión por el operador, y que, por el momento, carece de protección.

La señal de los radiodifusores debe protegerse con independencia del medio en que dicha emisión se haga, con independencia de la tecnología con la que se transmitan los contenidos, e incluyéndose en la misma la «organización del contenido», con independencia de quién lo distribuya o lo reciba. La creación de contenidos supone fuertes inversiones para las empresas de radiodifusión, más aún si se tiene en cuenta la emergencia de nuevos competidores. Además, la ausencia de protección legal podría influir de forma negativa en el lanzamiento de nuevos servicios.

También debiera incluir el mismo las pretensiones de protección de los radiodifusores, en el sentido de que los Derechos de autor son la base para la posterior elaboración de esos contenidos por profesionales de la radio y la televisión, que debieran poder ser también objeto de protección. Toda protección extra que pueda darse a este tipo de derechos, salvaguardando al tiempo los derechos de Propiedad intelectual contenidos en otros tratados internacionales, sin posibilidad de injerencia o conflicto alguno entre los mismos, habrá de ser bienvenida, ya que, resulta evidente que una mayor protección para los radiodifusores no puede conllevar sino a una mayor protección para los autores de los contenidos que los mismos transmiten.

La futura aprobación del Proyecto de Tratado OMPI de los organismos de radiodifusión, resultará indudablemente positivo para la protección de los derechos de los canales de televisión, considerando que

-
- amplía la protección de que gozan actualmente los organismos de radiodifusión,
 - les permitirá también adaptarse a las tecnologías emergentes, permitiéndoles defenderse de modo adecuado del uso inapropiado de su señal, e impulsando, finalmente, su crecimiento,
 - repercutirá en una mayor protección tanto de los organismos de radiodifusión como de los autores de los contenidos que los mismos transmiten, sin posibilidad alguna de conflicto entre ambos.

V

LOS CAMBIOS E INNOVACIONES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA EUROPEA

1. El proceso de revisión de la Directiva de Televisión sin fronteras

La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, *sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, conocida como Directiva de «Televisión sin fronteras» (DTVSF), es la piedra angular de la política audiovisual de la Unión Europea. Se asienta en dos principios básicos: la libre circulación de programas televisivos europeos en el mercado interior y la obligación de las cadenas de televisión de dedicar, siempre que sea posible, más de la mitad de su tiempo de emisión a obras europeas («cuotas de emisión»). La DTVSF tiene también por objeto preservar algunos objetivos importantes de interés público como la diversidad cultural, la protección de los menores y el derecho de réplica.

El 23 de junio de 1997, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron una nueva Directiva «Televisión sin fronteras» destinada a reforzar la seguridad jurídica y a modernizar el dispositivo de la Directiva 89/552/CEE. De acuerdo con el calendario determinado en su versión de 1997, la DTVSF es objeto desde junio de 2001 de un procedimiento de revisión que incluye varias fases:

Cuarto informe sobre la aplicación de la Directiva TSF

En realidad, la modernización de las normas sobre los servicios de contenido audiovisual se puso en marcha con la cuarta Comunicación [COM (2002) 778 final] sobre la aplicación de la Directiva TSF. Dicho informe describe y analiza los principales cambios experimentados en la aplicación de la Directiva durante 2001 y 2002. De una manera general, presenta un balance satisfactorio de la aplicación de dicha Directiva, ya que los Estados miembros se han dotado de los medios necesarios para alcanzar los objetivos establecidos.

El informe incluye un programa de trabajo en el que se enumeran diversos temas específicos que requieren un examen pormenorizado y que, en 2003, fueron objeto de una amplia consulta pública en los Estados miembros y países candidatos.

Consulta pública

La consulta pública iniciada a raíz del informe antes mencionado se centró en una serie de temas, entre los que figuran el fomento de la diversidad cultural y de la competitividad de la industria europea de programas audiovisuales, las normas sobre publicidad, la protección de los menores y el orden público.

La Comisión recibió un número significativo de contribuciones. La mayor parte de ellas reconocían que la Directiva había contribuido a proporcionar a los Estados miembros un instrumento regulador flexible y adecuado y que había tenido un efecto favorable sobre la libre circulación de los servicios de televisión en la UE.

No obstante, éstas mostraban también la necesidad de un examen más detenido de ciertos aspectos (diversidad de leyes nacionales, nuevas técnicas publicitarias, protección de los menores en el marco de los servicios en línea, etc.).

Comunicación sobre «El futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual»

El 15 de diciembre de 2003, la Comisión publicó las conclusiones de las consultas públicas en una Comunicación titulada «El futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual» [COM (2003) 784 final].

Respecto al proceso de revisión, la Comunicación propone una estrategia en dos etapas:

- *A corto plazo*, la Comisión anuncia que adoptará una Comunicación interpretativa sobre las disposiciones de la Directiva relativas a la publicidad televisiva. Dicha Comunicación [COM (2004) 1450] fue adoptada el 23 de abril de 2004. Clarifica la manera en que se aplican las disposiciones de la Directiva a las nuevas técnicas publicitarias a fin de garantizar una mayor seguridad jurídica en este ámbito. La Comisión anuncia, por otra parte, que publicará una actualización de la Recomendación sobre la protección de los menores.
- *A medio plazo*, la Comunicación señala una serie de cuestiones que exigen mayor reflexión y que, en una fase posterior, podrán conducir a una modificación de la Directiva. En este contexto, la Comunicación precisa que la Comisión

solicitará el asesoramiento de expertos y recurrirá a estudios independientes.

Grupos de reflexión y estudios independientes

Los grupos de reflexión se reunieron de septiembre de 2004 a febrero de 2005. Sus trabajos se centraron en los siguientes aspectos:

- el ámbito de aplicación de la futura reglamentación del contenido audiovisual;
- la determinación de la competencia jurídica;
- la regulación de la publicidad;
- el derecho a la información;
- el fomento del contenido europeo.

Al mismo tiempo, se realizaron diversos estudios sobre:

- el impacto del desarrollo de las nuevas técnicas publicitarias;
- el impacto de las medidas de fomento de la distribución y la producción de programas televisados, previstas por la Directiva TSF;
- las medidas de corregulación en el sector de los medios de comunicación;
- el tratamiento dado en la regulación a la televisión interactiva.

Hacia una nueva legislación comunitaria sobre los contenidos audiovisuales: propuestas de la Comisión

En diciembre de 2005, la Comisión presentó una propuesta de revisión de la Directiva TSF. Esa propuesta tiene por objeto actualizar las normas existentes para tener en cuenta la evolución tecnológica y comercial del sector audiovisual europeo.

En particular, la propuesta pretende simplificar la normativa vigente, sobre todo en materia de publicidad. Asimismo, propone hacer una distinción entre los servicios «lineales» y servicios «no lineales».

El planteamiento propuesto se basa en el establecimiento de obligaciones a dos niveles:

- obligaciones básicas (en particular, la protección de los menores y de la dignidad humana) que se aplicarían a todos los servicios de contenido audiovisual; sean lineales o no lineales;
- obligaciones más complejas, asimilables a las contenidas en el texto vigente de la Directiva, que habrían de cumplir sólo los servicios audiovisuales denominados «lineales».

Las novedades fundamentales del texto propuesto por la Comisión, con respecto del texto antiguo, son las que siguen:

- (Artículo 1) El título de la Directiva cambia: se amplía el objeto de la misma a todos los «audiovisual media services» (¿servicios audiovisuales?), entendiendo como tales los servicios en el sentido de los artículos 49 y 50 del TCE, cuyo objetivo es la «distribución de imágenes en movimiento, con o sin sonido, al público en general por medio de redes

de comunicación electrónica en el sentido del artículo 2.a) de la Directiva 2002/21/CE» [artículo 1.a)]. La expresión «audiovisual media service» reemplaza a la expresión «radiodifusión televisiva» en los artículos en los que aquella aparecía.

- [Artículo 1.b)] El proveedor de los «servicios audiovisuales» es la persona, física o jurídica, que tiene la responsabilidad editorial de la elección del contenido audiovisual de dicho servicio, y determina la forma en la que éste se organiza.
- [Artículo 1.c)] La definición de «radiodifusión televisiva» cambia, entendiéndose por tal el «servicio audiovisual lineal», en el que el proveedor de dicho servicio decide el momento temporal en el que un programa específico se transmite y establece la “parrilla” de programas». Radiodifusor será quién provea estos servicios.
- [Artículo 1.e)] Se inserta la definición de «servicios no lineales», que recogen servicios audiovisuales en los que es el usuario el que decide el momento temporal en el que un programa específico se transmite, permitiéndosele elegir entre los contenidos ofrecidos por el proveedor del servicio.
- [Artículo 1.f)] Por «comunicaciones comerciales audiovisuales» (publicidad televisiva), se entenderá las imágenes, con o sin sonido, designadas para promover, de forma directa o indirecta, bienes, servicios, o la imagen de una entidad física o jurídica, persiguiendo un beneficio económico.
- [Artículo 1.k)] Se introduce una nueva definición: «emplazamiento de producto»: se entiende por tal «cualquier for-

ma de comunicación audiovisual comercial consistente en la inclusión o la referencia a un producto, un servicio, o a la marca en el contexto de un programa, normalmente a cambio de contraprestación económica o similar».

- Se introduce un nuevo artículo 3.b), que insta una obligación de «acceso a noticias» (*news access/short reporting*): «acceso razonable y no discriminatorio a operadores y intermediarios de otros Estados miembros de los eventos de alto “interés general” a efectos informativos». Se introduce la obligación de identificación de la fuente de dichas imágenes.
- No se modifican los artículos referentes a cuotas (artículos 4 y 5). No se hace ninguna referencia específica a los productores independientes (*indies*).
- [Artículo 3.g)] Las reglas cualitativas de la publicidad se mantienen sin cambios (menores, dignidad humana, discriminaciones por razón de sexo, raza, religión..., etc.)
- Con relación a las reglas generales de inserción de publicidad: se mantienen los principios de identificación y separación.
- Los «anuncios aislados», se permiten sólo en los programas deportivos, pero fuera de éstos deberán ser la excepción.
- (Artículo 11) Las reglas de inserción de publicidad se eliminan con carácter general, pero se mantienen para películas, películas para televisión, programas infantiles y noticias, estableciéndose una regla única de inserción cada 35' en lugar de las dos reglas diferenciadas preexistentes.

- El *product placement* se asimila al patrocinio (artículo 17). Se incluye una obligación de advertencia sobre la existencia del mismo sea al inicio, al final, o en la mitad de la emisión de los programas que lo contengan. Se prohíbe esta práctica en documentales, noticiarios y programas infantiles.
- (Artículo 17) Se mantienen las prohibiciones de publicidad de medicamentos con receta, alcohol y tabaco. Parece que no se incluyen prohibiciones de publicidad de «comida basura».
- (Artículo 18) Se elimina el límite diario de publicidad, y el límite horario se mantiene en el 20 por 100 (no incluye ni autopromoción, ni *product placement*, ni patrocinio, ni productos relacionados con el programa).
- [Artículo 23.b)] Se inserta un artículo sobre los «reguladores nacionales» y se obliga a los Estados miembros a garantizar que los mismos ejerciten sus poderes de forma imparcial y transparente. (Interesante, en España).
- Se eliminan los artículos 19.a), 22.a), 22.b), 25, 25.a), 27, 28, 29.

Podemos concluir, por tanto, que se aprecia una modesta apertura en el pensamiento de la Comisión con referencia a la regulación de la publicidad, aunque el impacto de las medidas propuestas en las políticas de los operadores es aún incierto. Debe notarse que, a pesar de que se suprime la regla general de inserción de los 20', y el límite diario máximo, el límite máximo de publicidad sigue siendo de 12' minutos a la hora.

Algunas cuestiones de singular relevancia

Las propuestas realizadas por la Comisaria Reding en el texto propuesto, han suscitado no pocas controversias y debates. De entre todas ellas, las fundamentales son las que a continuación se recogen:

La ampliación del objeto de la Directiva

La Directiva de Televisión sin fronteras, establecía el objeto de esa norma en su *artículo 2*, «todas las emisiones de radiodifusión televisiva» emitidas en los Estados miembros «por organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia», o «por organismos de radiodifusión televisiva que utilicen una frecuencia o la capacidad de un satélite concedida por dicho Estado miembro o un enlace conectado con un satélite y situado en dicho Estado miembro, que no dependan de la competencia de ningún Estado miembro», a excepción de «las emisiones de radiodifusión televisiva destinadas exclusivamente a ser captadas en países distintos de los Estados miembros y que no son recibidas directa o indirectamente en uno o varios Estados miembros». Se establecía también la obligación de los Estados miembros de garantizar «la libertad de recepción» y no obstaculizar «la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva».

El objeto de la Directiva quedaba por tanto circunscrito a «emisiones de radiodifusión televisiva» que tuvieran origen y destino en Estados miembros de la Unión Europea, entendiendo por tales, se-

gún lo dispuesto en el artículo 1 de ese mismo cuerpo legal «la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público. Comprenderá la comunicación de programas entre empresas con miras a una radiodifusión televisiva destinada al público. No incluirá los servicios de comunicaciones que presten, previa petición individual, elementos de información u otras prestaciones, como servicios de telecopia, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares».

Sin embargo, el nuevo texto propuesto por la Comisión, redefine el objeto de la Directiva: no sólo cambia el título de la misma, que pasa a denominarse «Directiva [n.º] del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de medios audiovisuales* (Directiva de servicios de medios audiovisuales)», sino que también se precisa que su regulación abarcará tanto los «servicios lineales» como los «no lineales», entendiéndose por «servicios lineales» aquéllos en los que «el prestador de servicios de medios decide en qué momento se transmitirá un programa específico y establece el horario de programación» y por «servicios no lineales», aquellos en los cuales «el usuario decide el momento en que se transmitirá un programa específico sobre la base de una oferta de contenido seleccionada por el prestador de servicios de medios».

Con dicha diferenciación, quizá no demasiado afortunada, la Comisión perseguía establecer una regulación mínima a la que hayan de sujetarse los nuevos servicios de televisión, calificados como no lineales, y sobre los que ya hemos explicado que, el espectador final, tiene una cierta intervención o poder decisorio sobre el comienzo de la emisión. Formarían parte de este tipo de servicios no

sólo los de *pay-per-view*, sino también los servicios de televisión vía Internet o teléfonos móviles. La regulación mínima que la propuesta de Directiva pretende establecer para este tipo de servicios, consistiría en el respeto únicamente a los límites cualitativos (esto es, publicidad que garantice la protección de los menores, y de la dignidad humana).

Sin embargo, la misma no está exenta de polémica: de una parte, los representantes de los grandes grupos de telecomunicaciones alegan que regular los servicios nuevos, sin saber como haya de ser su desarrollo futuro coarta su nacimiento y su crecimiento a largo medio y largo plazo. Por otro lado, los operadores de «televisión convencional», entienden que, en virtud de las disposiciones del principio de neutralidad tecnológica, y en aras de la protección de la leal competencia, los servicios iguales han de regularse por normas idénticas, o en caso contrario, los sujetos a normas menos rígidas tendrían una situación privilegiada con respecto del resto en términos de competencia.

El principio del país de origen

Que los prestadores de servicios televisivos que estarán cubiertos por la regulación contenida en la Directiva deben someterse además a las reglas del país en el que prestan dicha actividad, es un presupuesto evidente que justifica además la existencia de la Directiva que armonice las regulaciones y permita la libre circulación de los programas televisivos.

Sin embargo, un grupo de trece países encabezados por Francia, en respuesta a la situación desencadenada en aquél país a causa

de su estrictísima regulación en materia de televisión, que ha llevado a algunos operadores a instalarse en Italia, pero dirigiendo su programación, su publicidad y sus contenidos al público francés, les ha llevado a pujar por la instauración del «principio del país de destino», que es la regulación por la que habrían de regirse los citados servicios.

Dado que la ruptura con el principio de país de origen, base del mercado único europeo, supondría que la Directiva, en si misma, fuera innecesaria, se están planteando en el Parlamento y en el Consejo soluciones intermedias tales como «que el operador se rija por las normas del país en el que alcanza mayores beneficios, o mayor audiencia».

De todos modos, adoptar toda la regulación comunitaria para evitar una situación abusiva concreta manifestada en Francia, no parece sino, cuanto menos, desproporcionado.

El derecho a utilizar extractos breves de acontecimientos de interés público para su emisión en programas informativos generales

La Directiva contempla también, con intención de proteger la libertad fundamental de recibir información y garantizar la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea que, quienes gocen de derechos exclusivos sobre un acontecimiento de interés público deban conceder a otros organismos de radiodifusión e intermediarios, cuando los segundos actúen por cuenta de los primeros, el derecho a utilizar extractos breves para su emisión en programas informativos generales en

condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, y teniendo debidamente en cuenta los derechos exclusivos. Tales condiciones deben comunicarse oportunamente antes de que se celebre el acontecimiento de interés público en cuestión, a fin de dar a los demás tiempo suficiente para ejercer tal derecho. Como regla general, estos extractos breves no deben exceder de 90 segundos.

Esta norma, ha suscitado también no pocos debates, al entender los actuales propietarios de esos derechos exclusivos que, la aplicación práctica de esta norma puede plantearles difíciles problemas: el hecho de que esos extractos hayan de cederse en condiciones equitativas, razonables, y no discriminatorias ¿excluye que pueda exigirse una contraprestación a cambio? ¿o por el contrario se presupone la misma? ¿quién escogerá que fragmentos hayan de cederse, o que imágenes son las más relevantes?, ¿quienes cedan las imágenes? ¿o quiénes las reciban?, por no hablar del esfuerzo de trabajo que esta obligación pueda suponer en circunstancias tales como la emisión de un mundial de fútbol o de unos Juegos Olímpicos, donde los potenciales operadores interesados en emitir dichas imágenes son cientos de operadores a lo largo y ancho del mundo.

El «emplazamiento de producto»

El considerando 44 de la propuesta de la Comisión para la revisión del texto de la Directiva, justifica la legalización del *product placement* como sigue: «El *emplazamiento de productos* es una realidad en las obras cinematográficas y las obras audiovisuales realizadas para televisión, pero los Estados miembros la regulan de manera heterogénea. Para garantizar la igualdad de condiciones y acrecentar así la competitividad del sector europeo de medios, es necesario

aprobar normas en materia de emplazamiento de productos. La definición de emplazamiento de productos que se introduce en la presente Directiva *engloba toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que aparezca en un programa, habitualmente a cambio de una remuneración o contraprestación similar*. El emplazamiento de productos está sujeto a las mismas normas cualitativas y restricciones aplicables a la publicidad».

La citada definición de emplazamiento de producto se introduce en el párrafo 12 del artículo 2 del texto.

Su inclusión en el texto de la Directiva, ha suscitado una de las más importantes controversias, y no pocos recelos. La mayoría de las voces se han alzado en contra de su inclusión: organizaciones de consumidores o de telespectadores ven en el *product placement* una amenaza a la independencia de la programación y una suerte de «publicidad encubierta» que no respetaría los principios de separación e identificación impuestos para todo tipo de publicidad en la Directiva.

Sin embargo, la regularización del *product placement* no sólo debe defenderse, sino que la misma constituye una necesidad imperiosa. El emplazamiento de producto constituye una práctica que, durante muchos años, se ha venido empleando de modo frecuente en el cine y en la televisión, habiéndose generalizado la visión de, por todos, el agente James Bond al volante de su Aston Martin, recientemente reconvertido en biplaza BMW.

La inexistencia de una regulación clara de este tipo de comunicación comercial supone un vacío legal que debe llenarse, ya que, sin duda, este tipo de prácticas seguirán empleándose y, resulta evi-

dente, que es mejor que las mismas se desarrollen dentro de un adecuado marco legal.

Además, los reguladores no pueden sin más negarse a admitir la práctica del *product placement*. La misma, no sólo está asentada en algunos sectores de la industria, sino que constituye una de las principales nuevas formas de publicidad que, no puede ser ajena a los operadores. En el futuro, cuando la competencia entre los distintos emittentes con el «encendido digital» sea más enérgica, y se generalice también la instalación de los *personal video recorders* (PVR'S) que permitirán saltar los bloques de publicidad en el entorno digital, los operadores convencionales de televisión tendrán que buscar formas alternativas de financiación a la publicidad tradicional, como pueda ser, por ejemplo, el *product placement*.

De otro modo, la pervivencia de la Industria se dificultaría en grado máximo, no puede tampoco olvidarse que gran parte de los ingresos que esta percibe, revierten en contenidos, lo que significa impulsar la cultura, el empleo, y la economía.

La tramitación de la reforma

La aprobación del texto, se está llevando a cabo por el procedimiento de co-decisión (Parlamento/Consejo).

Trabajos en el Parlamento

En el Parlamento, la Comisión de fondo es cultura, pero se está procurando una cooperación muy estrecha con el resto de Comi-

siones de opinión (Mujer, Mercado interior y consumidores, Libertades civiles, Asuntos económicos e Industria).

Todas esas Comisiones parlamentarias han emitido ya sus propuestas y enmiendas con respecto al texto primitivo de la Comisión:

A) *Mercado interior*

— **Positivo**

- Reinstaura la regla de los 30' para todos los géneros —programas infantiles, noticiarios, películas y películas para televisión—.
- Permite los anuncios aislados.
- Realiza algunas aclaraciones en *short reporting*.
- Toma en consideración las alegaciones de los distintos miembros de ACT sobre la necesidad de que los anuncios estén «identificados» y no «aislados» del resto de contenidos.
- Acepta la autopromoción entre cadenas del mismo grupo.

— **Negativo**

- Sólo acepta el *product placement* en programas de ficción, asimilados y deportes.
- Se requiere para que la programación se vaya haciendo gradualmente más accesible a los discapacitados.
- Añade una prohibición de publicidad que incite «indirectamente» a los niños a comprar productos o a contratar servicios.

B) *Industria*

— **Positivo**

- Varias referencias a Lisboa i2010 y a la necesidad de impulsar la competencia en el sector audiovisual europeo.
- Regla de los 30' para niños e informativos.
- Enmienda el texto de la Comisión para excluir el «contenido adquirido» de las reglas del PP.
- Necesidad de clarificar las definiciones de «Servicios lineales» y «no lineales».

— **Negativo**

- Hace hincapié en la necesidad de incorporar una definición de «productor independiente» y aboga para que estos puedan retener los «derechos secundarios» de sus obras.

C) *Libertades civiles*

— **Positivo**

- No aboga por la introducción de la cláusula del «país de origen».

— **Negativo**

- Se reintroducen los intermediarios en la cláusula del *short reporting*.

- Se introduce una necesidad de implantar «sistemas de filtro» para garantizar la protección de los menores.
- Muchas referencias a la necesidad de hacer las televisiones «accesibles».
- La «dignidad humana» como motivo para prohibir algunos «realities».

D) *Mujeres*

- Nada positivo: se prohíbe el *product placement*, se prohíben los anuncios de comida basura dirigidos a niños (comida grasa, azucarada o salada en exceso). Se incluyen enmiendas sobre estereotipos sexuales en anuncios y programación, y se pide representación igualitaria de hombres y mujeres en TV.

E) *Cultura*

— **Positivo**

- Se reduce la regla de los 35' a 30'.
- Se encuentra una solución intermedia para los anuncios aislados, dejándose a los EM que decidan cuando pueden utilizarse estos.
- Soluciones interesantes en *short reporting* (Enmiendas 24, 48 y 49).
- Se aboga por la autorregulación en consonancia con «lo que se considera aceptable en cada estado Miembro, y no en la UE».

— No se incluyen nuevas restricciones en publicidad dirigida a niños.

— **Negativo**

— El PP es más «limitado» que en la propuesta de la Comisión. Se diferencia entre «integración de producto», «emplazamiento temático», el PP se permite sólo bajo las siguientes condiciones:

- Sólo en programas de ficción y deportes.
- Prohibido en informativos, documentales, programas religiosos e infantiles, y de actualidad.
- Los programas que contengan PP deben señalarlo con una «mosca» o «señal sonora» cada 20 minutos de programa.
- Se incluye el criterio de «preeminencia excesiva».

— También se incluye una definición de productores independientes, a los que correspondería la propiedad de los derechos secundarios.

Trabajos en el Consejo

Con respecto del estado de los trabajos en el Consejo, puede destacarse cuanto sigue:

La Presidencia Finlandesa —actual—, tiene intención de alcanzar un acuerdo político en el Consejo. Sería bajo la presidencia alemana (la próxima), cuando se alcanzaría un «acuerdo vinculan-

te» entre el Parlamento y el Consejo. Así las cosas, la segunda lectura de la propuesta de Directiva en el Parlamento sería en otoño de 2007, adoptándose la misma a finales del año próximo (presidencia portuguesa).

En el Consejo: se aboga por la introducción de términos tales como «responsabilidad editorial», y de «programas» en las definiciones de «servicios lineales» y «no lineales», para su esclarecimiento. Se confirma que la regla de los 35' no encuentra apoyo, y se reinstaura la regla de los 30'. Se reinstauran los «cortes naturales». Los «spots aislados» plantean problemas a la mayor parte de Estados miembros. En el emplazamiento de producto, los Estados miembros están abiertos a discusión. Se añadiría el concepto de «preeminencia excesiva» y el patrocinio y el *product placement*, se distinguirían. La Presidencia apoya las enmiendas de la Comisión de cultura en *short reporting*. Pero los EM se oponen a introducir definiciones de «productores independientes». La publicidad dirigida a niños no es una prioridad del Consejo.

Las posibilidades de que se llegue a un acuerdo político bajo la Presidencia Finlandesa son altas.

Conclusiones

En conclusión, puede señalarse que la propuesta original de la Comisión, que puede calificarse de moderadamente beneficiosa —al menos para los operadores de televisión comercial en abierto—, ha sido, sorprendentemente, mejorada en algunas de las «propuestas» de los distintos Parlamentarios Europeos (menos restricciones en publicidad, mayor claridad en algunos de los términos

utilizados, como la obligación *short reporting* —«ceder» fragmentos de informativos en casos de noticias de interés general—. Sin embargo, aún queda lejos el radical impulso necesario para una correcta regulación audiovisual europea.

El gobierno alemán, ha realizado, sin embargo, una propuesta mucho más ambiciosa, aboliendo, por ejemplo, la «cuota europea» y las reglas de minutaje publicitario.

El «grupo de los 13» contrarios a la regla del país de origen, sigue siendo un problema, aunque tampoco demuestran ser un grupo demasiado cohesionado, y el grupo pro-país de origen está volviéndose más activo. En este momento, los mayores retos parecen ser la inclusión de restricciones en anuncios de comida basura para niños, y las disputas con los productores independientes sobre la titularidad de los derechos. Como desarrollos positivos, destacar una significativa mayor flexibilidad en la inserción de publicidad, y al menos alguna libertad para experimentar con el emplazamiento de producto («PP»). La posición «global» será mucho más clara a final de año.

2. Las decisiones más relevantes sobre la competencia en el mercado de la televisión

El caso CISAC

Trasponiendo al ámbito una queja inicial de *RTL Group* frente a la Sociedad de Gestión de Derechos en Alemania GEMA, la Comisión Europea decidió abrir en febrero de 2006, una investigación formal a la CISAC (Confederación de Sociedades de Autores

y Compositores) y sus miembros en el Espacio Económico Europeo (en España SGAE y VEGAP).

La Comisión quiere clarificar ciertas partes de los modelos de contrato de CISAC, así como los sistemas por el que los mismos se implementan bilateralmente entre los miembros nacionales de dicha asociación. Esos contratos, y sus duplicados a nivel nacional, atañen a la gestión colectiva de derechos de autor de todas las categorías de explotación, entre las cuales la emisión de música en bares, vía Internet, o por los operadores de televisión. Sin embargo, la investigación de la Comisión se centra sólo en algunas formas relativamente nuevas de explotación de esos derechos de autor, como pueda ser la retransmisión de música vía Internet, cable o satélite. Las formas tradicionales de explotación quedarían fuera de la investigación.

En lo que se refiere a las «nuevas formas de explotación», la Comisión considera que ciertos aspectos de los acuerdos de las Entidades de Gestión Colectiva pueden infringir las reglas del Tratado de la Comunidad Económica Europea que prohíben los abusos de posición de dominio en el mercado (artículo 81). Esos aspectos son [fundamentalmente los artículos 11 y 1 (I) de los contratos de reciprocidad]:

- Las restricciones impuestas a los autores, según las que se les obliga a transferir sus derechos de modo exclusivo a la sociedad colectiva nacional.
- Las restricciones territoriales, que obliga a los usuarios de esas Entidades de Gestión Colectiva a obtener licencias de uso sólo de la Sociedad nacional, circunscribiéndose a nivel nacional también el alcance de esa licencia.

- El efecto «telaraña» que se crea a nivel comunitario a consecuencia de dichos acuerdos de reciprocidad, que potencia las restricciones territoriales y refuerza la posición de dominio de cada una de esas Entidades de Gestión Colectiva en el territorio nacional. Las mismas constituyen monopolios *de facto* e impiden la entrada de potenciales competidores en el mercado.

La preocupación de la Comisión se centraría, por tanto, no en los contratos de representación como tales, sino en algunas de las cláusulas restrictivas contenidas en los mismos, que son las que acabamos de enumerar.

El hecho de que cada una de las Entidades de Gestión colectiva de derechos miembros de CISAC tenga una posición exclusiva y privilegiada dentro del mercado nacional, así como su propio repertorio de obras, que «intercambia» con el resto de miembros de CISAC en virtud de los denominados «acuerdos de reciprocidad» que, les permiten tener, a la postre, un «repertorio global» que venden a los usuarios para su explotación sólo en el territorio nacional, podría constituir, según la Comisión, una posición de dominio que, además de deber sancionarse con las correspondientes multas económicas, tendría que ser corregida.

La eliminación de las cláusulas citadas del contrato de representación de CISAC determinará una mutación en el sistema de gestión colectiva de derechos en términos de competencia cuyos efectos son difícilmente definibles. Lo que si es cierto es que, probablemente, el mismo suponga un fenómeno de concentración que reducirá el número de Entidades de Gestión Colectiva a nivel europeo que beneficiará a aquellos operadores que actúen a nivel

pan-europeo, que ya no tendrán que negociar con 25 Entidades de Gestión Colectiva diferentes para obtener licencias en cada uno de los Estados miembros.

Sin embargo, los efectos económicos de dicho cambio para los usuarios que desarrollan su actividad sólo en el ámbito nacional son menos previsibles. En un principio, y dado que la investigación de la Comisión se centra sólo en la gestión de derechos para Internet, satélite y cable, la influencia puede no ser excesiva. Aunque, es probable que, si existe una «reestructuración» del sistema a nivel europeo, el mismo salpique también a la gestión de los derechos tradicionales. Puede pasar que las Entidades de Gestión colectiva más eficientes en el ámbito comunitario acaben por representar a los autores más importantes, al garantizarles una gestión más eficaz de sus derechos. Aunque, al menos teóricamente, siempre quedará un mercado nacional de autores menos destacados, cuyos derechos sean menos apreciados más allá de nuestras fronteras. Los operadores de televisión habrían entonces de negociar con dos tipos de Entidades de Gestión, las que les proporcionasen el uso del repertorio latino más destacado, y aquellas que les garantizasen el uso del repertorio nacional más «exclusivo», siempre con la esperanza de que la apertura del mercado les permita negociar en términos más competitivos, y pagar tarifas acordes al uso real que se haga de esos repertorios.

Ayudas de Estado a la televisión de titularidad estatal

a) *Holanda*

Como resultado de una investigación abierta a la luz de las reglas sobre ayudas de Estado contenidas en el Tratado y la interpre-

tación que de las mismas hace la Corte de Justicia en su jurisprudencia *Altmark*, la Comisión Europea ha emitido una Decisión (Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2006, C 2/2004) en la que declara ciertas Ayudas obtenidas por los operadores públicos de televisión holandeses incompatibles con el Tratado, obligando a las autoridades holandesas a recobrar 76,3 millones de euros más intereses de NOS, la organización que engloba a los operadores de televisión pública en Holanda [el servicio de televisión pública en Holanda está formado por 19 operadores distintos. NOS, es tanto un operador (NOS RTV), como el órgano de organización y gestión de esos diecinueve operadores referidos]. Las cantidades consideradas por la Comisión como Ayudas de Estado comprendían las aportadas por el gobierno holandés en el período 1994-2005. La investigación descubrió que las mismas excedían los gastos que los operadores hacían en emisiones de servicio público, reforzando la situación económica de NOS.

En 2002 y 2003, distintos operadores comerciales de televisión, emitieron quejas con respecto de la acción comercial y los mecanismos de financiación de los operadores públicos holandeses.

En febrero de 2004, la Comisión decidió abrir una investigación formal sobre esa financiación extra recibida por los operadores públicos, que habría de sumarse a la financiación mediante cánones por licencias pagadas por los telespectadores. La Comisión concluyó tras su estudio que los operadores holandeses de televisión pública habían sido subvencionados en exceso entre los años 1994 y 2005.

En 2005, el exceso de compensación recibido por cada uno de los operadores de servicio público en Holanda se transfirió a NOS,

el órgano de organización y gestión de esos operadores. Después de dicha transferencia, la compensación recibida por los operadores públicos estaba de nuevo en línea con las directrices del Tratado. Sin embargo, NOS había recibido una sobre-compensación de 76,3 millones en el período investigado. La misma, era innecesaria para cubrir los objetivos de servicio público, y por tanto, incompatible con el Tratado. En consecuencia, la Comisión decidió que la misma había de ser devuelta al Estado holandés.

El Gobierno holandés, han redactado un borrador para una nueva ley de televisión *The Media Act 2007*, con la que pretende ajustar el sistema de financiación de la televisión pública a las reglas sobre Ayudas de Estado contenidas en el Tratado.

b) *Bélgica*

Motivada por distintas quejas recibidas por operadores comerciales de televisión en 2004, la Comisión ha abierto una investigación preliminar sobre la financiación recibida por VRT, el operador de servicio público de la comunidad flamenca en Bélgica. La Comisión, pidió información del Estado belga y, aunque dicho Estado comenzó entonces a implantar ciertas reformas en el sistema de financiación de su televisión pública, la conclusión preliminar de la Comisión es que el actual sistema de financiación de VRT ya no es compatible con las normas del Tratado relativas a ayudas de Estado.

La Comisión considera que aún existen ciertos puntos conflictivos que deben ser clarificados, entre los cuales la «definición de servicio público», la instauración de un servicio efectivo de super-

visión y control, así como la implantación de un mecanismo adecuado para prevenir la sobrecompensación por las actividades de servicio público.

Bélgica tiene ahora la oportunidad de comentar esas conclusiones preliminares de la Comisión. La Comisión y las autoridades flamencas han acordado seguir cooperando para adaptar el sistema de financiación de la televisión pública flamenca a las normas sobre ayudas de Estado contenidas en el Tratado.

Las medidas a favor de VRT, son anteriores a la entrada en vigor del Tratado, y por ello han de calificarse como «ayudas existentes». En estos casos, la Comisión no actúa en contra de la medida, en el sentido de que la misma no ha de ser devuelta por los beneficiarios. Sin embargo, en cooperación con el Estado miembro de que se trate, la Comisión pretende remodelar los sistemas de financiación conflictivos para adaptar los mismos a las normas contenidas en el Tratado.

Algunas investigaciones similares relativas a la financiación de los operadores de servicio público están aún pendientes de resolver (Alemania, Irlanda, Holanda), mientras que algunas similares han sido ya concluidas (Francia, Italia, España y Portugal), sobre cuyos sistemas de financiación la Comisión ya elaboró las correspondientes enmiendas.

c) *Portugal*

En relación con los citados procedimientos concluidos por la Comisión, y en especial en referencia a la financiación de la televisión pública en Portugal, huelga decir que, a pesar de que en 2003

la Comisión emitió una primera Decisión en la que declaró que las ayudas recibidas por el operador público portugués entre 1992 y 1998 no excedían los costes de financiación de las obligaciones de servicio público y por tanto eran compatibles con el Tratado, la Comisión ha debido revisar también, este verano, el nuevo sistema de financiación del operador público introducido en 2003.

En marzo de 2006, la Comisión cerró su investigación, y decidió declarar compatible con el Tratado la reestructuración del sistema de financiación de la televisión pública portuguesa (RTP) elaborado por ese operador y por el gobierno portugués en septiembre de 2003. El mismo prevé una progresiva reducción —hasta 2019— de la deuda del operador público, cifrada en un billón de euros.

Sobre la base de un detallado análisis de las cuentas financieras de RTP, la Comisión concluyó que la citada deuda había sido creada casi de modo exclusivo por la constante infra-financiación de los costes de las labores de servicio público en la televisión pública portuguesa, siendo tres las razones fundamentales para dicha infra-financiación: 1) porque las cantidades recibidas anualmente por RTP estaban sujetas al pago del IVA, por lo que se reducía sustancialmente su valor neto; 2) porque el Estado no podía pagar el total de las cantidades concertadas anualmente con RTP; 3) porque los acuerdos en la concesión de RTP no le permitían reclamar compensaciones por el 100 por 100 de los costes de las inversiones de servicio público.

Como las cantidades totales de ayudas que se incluyen en el acuerdo de reestructuración del sistema de financiación de RTP, junto con las inyecciones de capital *ad hoc* recibidas por el opera-

dor no exceden los costes totales de las inversiones de servicio público, la Comisión ha concluido que las medidas son compatibles con el Mercado interior.

Ayudas de Estado a la implantación de la televisión digital

1. *La necesidad de la intervención pública en la transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre: la postura de la Comisión Europea*

En el presente escenario de transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre, los operadores de televisión comercial, tienen que hacer frente a fortísimas inversiones en un breve período de tiempo. No sólo tienen que realizar las inversiones necesarias para acometer con éxito la adaptación tecnológica, sino que tienen igualmente que garantizar una mayor oferta televisiva, que difunda una programación novedosa, innovadora y diferenciada.

Desde un primer momento, el debate sobre la conveniencia o no de la intervención pública en dicha transición, ha sido una cuestión fundamental. ¿Deben intervenir las autoridades públicas para acelerar la conversión, o influir de alguna manera en el proceso?

Según se explica en la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico)», de 2003, esto estaría justificado sólo si se

dieran dos condiciones: «*que así lo aconsejen los intereses generales en juego*»; es decir, si existen ventajas o inconvenientes potenciales para la sociedad en su conjunto, y no únicamente para ciertos grupos o individuos; y «*que exista un fallo del mercado*»; es decir, que las fuerzas del mercado no puedan por sí solas obtener buenos resultados en términos de bienestar colectivo. O, dicho de otro modo, que la actuación de los operadores del mercado no internalice suficientemente los costes de la conversión.

A cómo deben valorarse las circunstancias concurrentes se ha referido la Comunicación citada en términos que merecen ser reproducidos:

«El análisis de la presencia e incidencia de ambas condiciones es en gran medida un juicio político que deberá realizar la administración competente, que, en el caso de la radiodifusión, suele ser nacional o regional. En cualquier caso, tal juicio no debe ser arbitrario sino que ha de basarse en un sólido análisis de mercado.»

Por lo que se refiere a los intereses generales, las ventajas potenciales de la digitalización pueden orientarse hacia diferentes objetivos políticos: sociales, culturales, políticos, económicos, etc. A menudo es necesario arbitrar entre ellos. Por ejemplo, parte del espectro que queda libre gracias al cierre analógico podría ser repartido a otros operadores que lo utilizaran como soporte de distintos servicios o bien “reinvertido” en una mejora o ampliación de los servicios de radiodifusión.

El sector de la radiodifusión no es comparable a ningún otro: en las sociedades democráticas modernas desempeña un papel fundamental, especialmente en el desarrollo y difusión de los valores sociales. La radiodifusión ofrece un conjunto de características único. Su penetración amplia permite una cobertura prácticamente total de la

población mediante diferentes redes de radiodifusión; la divulgación de ingentes cantidades de noticias y acontecimientos, así como de programas culturales, hace que a la vez influya y refleje la opinión pública y los valores socioculturales. La conversión puede tener repercusiones en estos intereses generales. Es necesario garantizar la disponibilidad continuada de una variedad de servicios de televisión, en pie de igualdad y sin discriminaciones, a todos los sectores de la población. Esta es una condición sine qua non para que los servicios públicos de radiodifusión cumplan sus especiales obligaciones.

La eventualidad de fallos de mercado va ligada a la complejidad del entorno en el que tiene lugar la conversión, así como a la interacción entre las distintas partes interesadas. Todas ellas tienen intereses que defender e intentan influir en las distintas variables: introducción o no de televisión terrestre digital, velocidad de la migración y plazos de cierre, conveniencia y tipo de intervención pública. En este sentido, sólo una acción coordinada de las principales partes interesadas, en vez de una confrontación de estrategias individuales, llevará a la obtención de los mejores resultados desde el punto de vista colectivo: un cierre rápido y eficaz, con los mínimos perjuicios económicos y sociales.

Al menos en el caso de la radio y la televisión de difusión terrestre, existen algunos problemas estructurales que entorpecen la cooperación en el mercado y frenan el proceso de conversión, especialmente comportamientos “egoístas”, situaciones oligopolísticas y bloqueos del tipo “el huevo o la gallina”. Más específicamente, las partes que más se benefician de la conversión (fabricantes de equipos o posibles beneficiarios de la descongestión del espectro, por ejemplo nuevos radiodifusores) podrían ser diferentes de las que asuman los costes (usuarios finales o radiodifusores). Ello hace que este segundo grupo no tenga

incentivos para internalizar los costes y contribuir al proceso de conversión. Para resolver esta situación habría que instaurar unos mecanismos de coordinación que permitan compartir los costes y los beneficios entre las partes interesadas, a ser posible con escasa intervención pública o sin ella. En este sentido, las autoridades públicas, especialmente las responsables de la política de derecho de la competencia, deben buscar un equilibrio entre competencia de mercado y cooperación entre las partes interesadas. Tales evaluaciones deberán basarse en un conocimiento claro de las dinámicas de mercado y de los objetivos perseguidos».

La Comunicación analizada sugiere que, una vez se haya decidido la necesidad de intervención, es necesario decidir las formas que ha de adoptar la misma, a ser posible en el marco de una estrategia de conversión coherente. *Toda intervención debe ser transparente y proporcionada en cuanto a los objetivos perseguidos, los obstáculos de mercado, y los pormenores de su ejecución.* Esto daría seguridad a todas las partes a la hora de prepararse para el cambio y limitaría la posibilidad de arbitrariedades o discriminaciones.

Los cinco principios de actuación reglamentaria que toda normativa debe respetar, y que fueron establecidos en la Comunicación de la Comisión «*Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados - Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones*», y refrendados por la Comunicación «*Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital*», son los que siguen:

- toda normativa debe estar basada en objetivos políticos claramente definidos;
- limitarse al mínimo necesario para lograr estos objetivos;

- reforzar la seguridad jurídica en un mercado dinámico;
- buscar la neutralidad tecnológica;
- aplicarse lo más cerca posible a las actividades reguladas.

Según la opinión de la Comisión, constituye un aspecto fundamental de las estrategias nacionales de conversión el de las licencias de radiodifusión digital y las obligaciones reglamentarias ligadas a las mismas. Esto supone tomar decisiones sobre aspectos tales como la competencia y complementariedad entre redes, número de operadores, calendario y zonas de despliegue, etc. Aparte de eso, existen diferentes instrumentos o medidas de intervención para estimular el proceso de conversión, que van desde las medidas incentificadoras, tales como campañas de información, a las obligatorias, como fechas de cierre de emisiones analógicas, o normas técnicas obligatorias para los equipos, por ejemplo para los sintonizadores digitales. Las medidas pueden variar dependiendo de las partes a las que se dirigen (consumidores, fabricantes de equipos, organismos de radiodifusión, usuarios potenciales del espectro que ha quedado libre, otros). El impacto de las medidas previstas debe evaluarse a través de un análisis económico prospectivo con el fin de garantizar que los costes y beneficios se distribuyan de forma equitativa; la intervención pública no debe llevar a situaciones en las que algunas partes corran con la mayoría de los costes de la conversión mientras que otras obtengan los beneficios.

El calendario es, según la Comunicación analizada, también fundamental en toda intervención en el proceso de conversión. Una acción prematura o tardía puede resultar inútil o incluso contraproducente en la medida en que puede falsear el mercado. Para que una intervención se haga en el momento preciso es necesario conocer

bien la situación y la evolución del mercado, así como instaurar mecanismos regulares de seguimiento y análisis. En general, un cierre temprano será más controvertido, pero otro más tardío puede reducir el impacto y los beneficios. En este sentido, en la conversión de la televisión pueden distinguirse tres fases: la fase inicial, liderada por la televisión de pago, en la que, más tarde o más temprano los operadores consiguen que sus abonados pasen a la televisión digital; la fase de consolidación, que se inicia ahora en los países donde la TV digital está más avanzada, y en la que algunos consumidores deciden adquirir equipos digitales para recibir emisiones de televisión digital gratuita; y la fase final, en la que los usuarios que siguen reacios a la televisión digital se ven obligados a adoptarla, con ayudas públicas para la adquisición de un receptor digital o sin ellas.

La Comisión entiende finalmente que, la intervención pública puede impulsar la penetración de la televisión digital en las tres fases citadas, pero las medidas de mayor calado deben reservarse para la fase final, una vez que la industria se ha esforzado al máximo para fomentar la digitalización de los consumidores. Esto requiere que las autoridades garanticen un entorno reglamentario previsible y propicio, e intensifiquen su acción cuando el mercado ya no pueda hacer más. Esto puede ser el caso, por ejemplo, cuando se vea que la radiodifusión digital no avanza al ritmo necesario para cumplir los objetivos políticos.

En el mismo sentido se expresa la Comunicación de la Comisión *para la aceleración de la transición de la televisión analógica a la digital*, de 2005.

2. *Las investigaciones abiertas por la Comisión a Suecia, Alemania e Italia*

En base a la postura precitada, y durante el mes de julio de 2004, la Comisión decidió abrir, por vez primera, procedimientos formales de consulta sobre los métodos de financiación que para la implantación de la televisión digital terrestre se estaban utilizando en distintos países de nuestro entorno comunitario.

a) Suecia

En respuesta a las quejas recibidas por los operadores de televisión satélite suecos, la Comisión requirió información de las autoridades suecas sobre la financiación de la red de televisión digital terrestre. No conforme con las informaciones recibidas, la Comisión comenzó una investigación formal para dilucidar si a través de los pagos que SVT (operador público de aquel país), estaba haciendo a Teracom (el principal operador de red de televisión digital terrestre en aquel país), y que la Comisión consideró muy superiores a los costes de transmisión efectivos, podría estar ayudándose de forma indirecta a Teracom a través de SVT. Además, las autoridades suecas habían inyectado anteriormente también dinero a Teracom. Medidas todas ellas que parecen constituir una ayuda para Teracom. Las investigaciones de la Comisión siguen su curso a día de hoy.

b) Alemania

Länder de Berlín-Brandemburgo

El 9 de noviembre de 2005, la Comisión puso fin a una investigación similar sobre la financiación de las redes de TDT en Alemania. La Decisión que puso fin al procedimiento, estableció que los subsidios de alrededor de 4 millones de euros que habrían recibido los operadores comerciales de televisión en el Länder de Berlín-Brandemburgo violaban las reglas del artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea, falseando la libre competencia.

La Comisaria de Competencia Neelie Kroes, comentó: «La Comisión está firmemente decidida a impulsar la transición a la televisión digital, por sus muchas ventajas para los consumidores y la innovación. Sin embargo, el apoyo del Estado debe estar basado en criterios objetivos, dirigirse a áreas específicas en las que el mercado no provea de por sí soluciones y evitar las distorsiones en la competencia, particularmente entre plataformas de televisión terrestre, digital o cable».

Sin notificar a la Comisión, la autoridad audiovisual de Berlín-Brandemburgo («Mabb») dio un subsidio a operadores comerciales, entre los cuales RTL y ProSiebenSat.1, para ayudarles con parte de los costes de transmisión a través de la red de DVB-T lanzada en noviembre de 2002. En contraprestación, los operadores se comprometieron a contratar el uso de esa red, adjudicada a la compañía T-Systems, por al menos cinco años.

A consecuencia de las quejas de los operadores de cable, la Comisión abrió una investigación formal en julio de 2004. Después de consultar a los operadores del Mercado, la Comisión concluyó

que los subsidios del Mabb violaban las reglas sobre ayudas de Estado contenidas en el Tratado. La ayuda, no se basaba en costes específicos de transición al digital, y se decidió después de que el «apagón» se hubiera acordado. Se dieron, por tanto, distintas cantidades de fondos a los operadores sin justificación objetiva, que ya se beneficiaban, además, de haber recibido licencias gratuitas que no sólo les permitían una mayor capacidad de transmisión, sino que además, tenían un coste inferior por canal. Los subsidios también beneficiaban de forma indirecta a la red de DVB-T sobre las plataformas competidoras de cable o satélite, desconociendo las disposiciones del principio de neutralidad tecnológica.

La Comisión reconoce, en cambio, que el apagón analógico puede retrasarse si ha de procurarse únicamente a través de las fuerzas de Mercado, y que la intervención pública puede ser beneficiosa, por ejemplo, a través de la regulación, soporte económico a los consumidores, campañas de información o subsidios para evitar una eventual quiebra de mercado, o para asegurar la coherencia social o económica. Deben ser los propios Estados miembros quienes demuestren que la ayuda es el medio más adecuado, se limita al mínimo necesario, y no interfiere a la libre competencia. En el caso de Berlín-Brandenburgo y según la Comisión, no se dieron ninguna de estas condiciones. La Comisión reconoció la existencia de algunas quiebras en el mercado, pero no encontró que la ayuda fuera necesaria para solucionar el problema, ni el mejor instrumento para ello.

La Comisión dio indicaciones específicas sobre cuales son las formas aceptables de financiación pública para impulsar el encendido digital. En particular, la Comisión vería favorablemente:

- Financiación en el desarrollo de redes de transmisión en áreas donde, de otro modo, habría insuficiente cobertura.
- Compensación económica a los operadores de servicio público para financiar el coste de la emisión en todas las plataformas para poder abarcar toda la población, y siempre que se haga por imposición de su condición de servicio público.
- Subsidios a los consumidores para la compra de decodificadores, siempre que estos sean tecnológicamente neutrales; especialmente si impulsan el uso de estándares abiertos de interoperabilidad.
- Compensaciones económicas a los operadores que son obligados a cesar en las emisiones analógicas antes de que expiren sus licencias.

Algunas de estas indicaciones están basadas en la decisión de la Comisión de marzo de 2005 en la que se decidió aprobar los subsidios a la TDT en Austria a través de distintas «experiencias piloto»: subsidios a los particulares para la compra de decodificadores para cualquier plataforma, para así evitar la exclusión de los hogares más humildes de la recepción de la televisión emitida con esta nueva tecnología; ayudas a compañías para el desarrollo de servicios digitales innovadores o subsidios a los operadores para compensar los costes adicionales de transmisión cuando hayan de emitir, a un tiempo, con tecnología analógica y digital (*simulcasting*). Estas medidas fueron aprobadas porque respetan los principios de transparencia, necesidad, proporcionalidad y neutralidad tecnológica.

Con esta serie de indicaciones, la Comisión pretendía facilitar una guía para garantizar la seguridad jurídica en las potenciales interven-

ciones de los poderes públicos en los Estados en los que el paso de la televisión analógica a la digital aún no es completamente efectiva, aunque, los Estados miembros siguen estando obligados a notificar a la Comisión todas las ayudas antes de que estas sean efectivas.

Länder de Baviera, y del Norte del Rin y Westfalia

En julio de 2006, la Comisión comenzó una investigación en términos similares a la llevada a cabo en el Länder de Berlín Brandemburgo, en los Länder de Baviera, y del Norte del Rin y Westfalia, donde las autoridades del audiovisual tienen previsto financiar a los operadores comerciales con 2.4 millones de euros en Baviera y con 6.8 millones de euros en el del Norte del Rin y Westfalia para ayudarles con los costes de transmisión a través de la red de DVB-T. Las ayudas se entregarían a lo largo de cuatro y cinco años en cada uno de los casos.

c) Italia

En diciembre de 2005, y a consecuencia de las quejas del operador de televisión satélite *Sky Italia* y de un operador de televisión por cable, la Comisión comenzó un procedimiento similar a los anteriores en relación a los subsidios que el Estado Italiano ofreció en 2004 y 2005 a los consumidores finales para la compra de decodificadores de televisión digital terrestre. Las medidas prevenían financiación pública a los compradores de decodificadores con los que podrían recibir programas de televisión digital terrestre. El problema vendría suscitado por la duda sobre si el subsidio respeta o no el principio de neutralidad tecnológica, ya que, podría ser, que esos decodificadores permitieran recibir señal de televisión

por cable pero no señales de televisión satélite. El objeto de la investigación de la Comisión es dilucidar si los incentivos del Gobierno Italiano interfieren la libre competencia. Después de la preceptiva investigación, la Comisión publicará su decisión final sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la medida con las reglas contenidas en el Tratado. El hecho de que se haya lanzado la investigación, no supone, *per se*, la existencia de una ayuda incompatible.

En 2004 y 2005, Italia pagó incentivos por valor de más de 200 millones de euros a los consumidores que comprasen o alquilaran decodificadores de televisión digital terrestre, pero sin notificar esta medida a la Comisión. El subsidio favorecía a los decodificadores interactivos capaces de recibir programas en tecnología digital terrestre, o esos mismos programas emitidos vía televisión por cable.

A pesar de que los beneficiarios directos de las ayudas son los consumidores finales, la medida pudiera constituir una ventaja indirecta a los actuales operadores de televisión digital terrestre y a los operadores de redes de TDT.

En línea con el análisis de los subsidios a la TDT en Berlín-Brandemburgo, la Comisión reconoce que una intervención del Estado puede ser beneficiosa en el proceso de apagón analógico, pero ha de demostrarse que este sea el instrumento más adecuado, que se limite al mínimo necesario y que no interfiera la competencia.

Al parecer, la Comisión no parece convencida de que los subsidios a los decodificadores en Italia respeten los principios de transparencia, necesidad, proporcionalidad y neutralidad tecnológica que han de reunir este tipo de incentivos para ser compatibles con el Tratado.