

Llegaron, finalmente, la Ley y el Consejo Audiovisual

POR **ÁNGEL GARCÍA CASTILLEJO**

Tras meses, años y legislaturas parlamentarias de espera, finalmente ha llegado al Congreso de los Diputados español el Proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual.

Viene precedido de la polémica por la forma en que se han llevado a cabo los trabajos previos para su elaboración, a saber: las iniciativas legales y reglamentarias acometidas por el Gobierno en los meses anteriores, mediante las cuales se modificó el régimen de financiación del servicio público radiotelevisivo estatal y se impusieron obligaciones de financiación del mismo a los operadores de comunicaciones electrónicas; o la regulación de la TDT de pago; o las posibilidades de concentración en el sistema televisivo de cobertura estatal, entre otras.

Pero, si cabe, la situación se ha visto agriada por la falta de diálogo con gran parte de los sectores afectados e interesados en el sector televisivo, a excepción de la fluida interlocución de la Vicepresidencia Primera con los grupos privados de televisión españoles. Ahora queda esperar que avance la voluntad de consenso en una Ley que viene a poner fin al marco jurídico que se cimentó sobre el Estatuto de la Radio y la Televisión de 1980.

En todo caso, el cuarto trimestre de 2009 no sólo resulta reseñable por este motivo, ya que destaca la Comunicación de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado para el despliegue de redes de nueva generación, lo cual determina de alguna manera cómo y dónde se activará el despliegue de este tipo de infraestructuras para la prestación de los servicios convergentes que requieren de mayores anchos de banda y velocidades de transmisión en nuestros territorios y para nuestras poblaciones.

Telecomunicaciones

Definición y análisis de mercados relevantes. Revisión de mercados. En materia de mercados de comunicaciones electrónicas, el 15 de octubre de 2009 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 2 de octubre de 2009, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Resolución de 1 de octubre de 2009, relativa a la revisión del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

Normas sobre ayudas estatales al despliegue de redes de Banda Ancha. Por otro lado, la Comisión Europea publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el pasado 30 de septiembre, una Comunicación por la que establece las directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de Banda Ancha.

Dichas directrices parten de la distinción entre lo que debe considerarse una ayuda estatal de lo que no. Así, para que una iniciativa pública pueda ser juzgada como ayuda estatal debe concederse con fondos públicos, otorgar una ventaja competitiva a las empresas que sea selectiva y falsee o amenace con falsear la competencia y afectar al comercio intracomunitario.

De este modo, en el caso de un proyecto de despliegue de Banda Ancha en el que exista una inversión pública con participación mayoritaria de inversores privados o la existencia de un plan de negocios sólido que muestre un rendimiento adecuado de la inversión, podrá considerarse que dicha inversión pública es conforme con las condiciones de mercado y no se trata de una ayuda propiamente.

Igualmente, se considera que no se concede ayuda estatal en los casos de prestación de servicio de interés económico general, entendido éste como una compensación por la prestación de servicio público, siempre y cuando se cumpla con los requisitos fijados en la doctrina jurisprudencial derivada del caso Altmark. En este sentido, para evitar ser considerado ayuda estatal, un proyecto de redes de Banda Ancha deberá cubrir el despliegue de una red que ofrezca conectividad universal y la prestación de los servicios de acceso mayorista correspondientes sin incluir servicios de comunicación minorista. Cuando el proveedor encargado del servicio de interés general sea además un operador de Banda Ancha integrado verticalmente, deberán implantarse las salvaguardas adecuadas para evitar cualquier conflicto de intereses, discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta.

Junto a lo anterior, y en el caso de que efectivamente se trate de una ayuda estatal, debe determinarse si la misma puede estar justificada según lo previsto en el artículo 87.3 del Tratado constitutivo de la CE, en cuyo caso corresponderá al Estado probar que el proyecto de Banda Ancha contribuye a una estrategia coherente de desarrollo regional y que no da lugar a un falseamiento inaceptable de la competencia. Para ello se establecen distintos criterios de análisis, según se trate de despliegue de Banda Ancha tradicional o bien de redes NGA. En ambos casos debe procederse a sopesar la medida propuesta según los parámetros previstos en las directrices, para determinar su compatibilidad con el mercado común y la

proporcionalidad de la medida.

Para el caso de despliegue de Banda Ancha tradicional, las directrices lo autorizan en las denominadas 'zonas blancas' (sin disponibilidad actual ni prevista de Banda Ancha tradicional para los siguientes 3 años), se prohíbe en las 'zonas negras' (cuando ya existen al menos 2 proveedores de Banda Ancha tradicional y servicios prestados en condiciones competitivas sobre infraestructuras) y lo someten a evaluación en las denominadas 'zonas grises' (donde sólo existe un proveedor de Banda Ancha tradicional). En este último caso deberán analizarse las condiciones del mercado, las barreras de entrada y los efectos de las medidas adoptadas por la Autoridad Nacional de Regulación. En cualquier caso, para las zonas blancas y grises susceptibles de aprobación, los proyectos de despliegue deberán ser valorados según los criterios de proporcionalidad previstos en las propias directrices.

En el supuesto de despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGA), las directrices lo autorizan para el caso de las 'zonas blancas', se prohíbe en las 'zonas negras' (donde exista o vaya a existir en los próximos 3 años más de una red NGA) y debe evaluarse en las 'zonas grises' (donde sólo exista o se prevea el despliegue de una sola red NGA para los siguientes 3 años). Para este último supuesto se deberán valorar las condiciones del mercado, las barreras de entrada y los efectos de las medidas adoptadas por la Autoridad Nacional de Regulación, así como si la NGA instalada se desplegó basándose en un uso o acceso privilegiado a conducciones no accesibles a otros operadores de redes ni compartidas con éstos. De todos modos, en las zonas blancas y en las grises sometidas a aprobación, los proyectos deberán ser valorados según los criterios previstos en las directrices y, además, según unos criterios específicos adicionales aplicables a los proyectos NGA. Estos criterios adicionales de compatibilidad marcados por la Comisión Europea respecto a anteriores redes tradicionales preexistentes buscan promover que dichas empresas preexistentes tengan incentivos suficientes para transformar sus redes tradicionales en redes NGA.

Espectro radioeléctrico. Gestión del 'dividendo digital'. El 24 de noviembre de 2009 se publicó en el DOUE la Recomendación de la Comisión de 28 de octubre de 2009, para facilitar la obtención del dividendo digital en la Unión Europea (2009/848/CE). A través de esta Recomendación, la Comisión Europea se dirige a los Estados miembros para que adopten todas las medidas necesarias para garantizar la prestación de todos los servicios de radiodifusión televisiva terrestre mediante la utilización de la tecnología de transmisión digital y abandonen la tecnología analógica en su territorio antes del 1 de enero de 2012. Asimismo, se pide a los Estados miembros que apoyen la labor reguladora tendente a establecer en la UE unas condiciones de uso armonizadas de la subbanda de 790-862 MHz para servicios de comunicaciones electrónicas distintos y adicionales a los servicios de radiodifusión y que se abstengan de adoptar cualquier medida que pueda obstaculizar o impedir el despliegue de dichos servicios de comunicaciones en la mencionada subbanda.

Administración electrónica. En otro orden de cosas, el Gobierno español aprobó el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (BOE No. 278, de 18/11/2009), lo que supone una medida para el fomento del uso las comunicaciones electrónicas en las relaciones con las Administraciones públicas.

Audiovisual

Televisión Digital Terrestre (TDT) de acceso condicional (de pago). En materia audiovisual, el 23 de septiembre de 2009 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 17 de septiembre de 2009, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regula, para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de Televisión Digital Terrestre de pago mediante acceso condicional, con lo que finaliza la tramitación parlamentaria y se garantiza el pleno despliegue de esta norma con rango de Ley.

Accesibilidad a los contenidos audiovisuales. Subtítulos. El 15 de octubre de 2009 se publicó en el DOUE la Declaración del Parlamento Europeo sobre la inclusión de subtítulos en todos los programas de las televisiones públicas de la UE, mediante la cual se considera esta medida indispensable para garantizar la plena recepción de la programación por parte de todos los telespectadores -incluidos los sordos y las personas con deficiencias auditivas- y para contribuir al aprendizaje de lenguas extranjeras. Por ello, el Parlamento pide a la Comisión que presente una propuesta legislativa que obligue a las televisiones públicas de la UE a incluir subtítulos en todos sus programas.

Ayuda estatal y financiación del servicio público de radio y televisión. En la primavera de 2009 se aprobó en Francia una nueva ley que modificaba la ley sobre comunicaciones de 1986 y que establece una ayuda destinada a la financiación de los costes de la prestación del servicio de interés económico general confiado a la televisión pública francesa -*France Télévisions*- de 450 millones de euros para 2009 y de aproximadamente un total de 2.000 millones adicionales hasta 2012. La ayuda vendría a compensar la pérdida de ingresos como consecuencia de la reducción y supresión en 2011 de los mensajes publicitarios en las cadenas de televisión públicas establecida por la nueva ley. Para cubrir el importe de esta ayuda, la Ley asigna recursos en el presupuesto, al que se suma un canon televisivo público para *France Télévisions*.

Junto a lo anterior, se introducen dos nuevos impuestos sobre ingresos de publicidad en las televisiones privadas y sobre las comunicaciones electrónicas. Para las televisiones privadas se establece el pago de un 3 por ciento sobre los ingresos procedentes de su actividad publicitaria, siempre que dichos ingresos superen los 11 millones de euros. En el caso de los operadores de comunicaciones electrónicas, la Ley aplica un tipo del 0,9 por ciento sobre los ingresos percibidos de los usuarios, siempre que estos excedan de 5 millones de euros. De estos ingresos se excluyen los derivados de sus servicios de acceso e interconexión, las prestaciones de difusión o transporte de servicios de comunicaciones audiovisuales y la utilización del servicio universal de información telefónica, así como las relativas de la amortización de aparatos y equipos según determinadas condiciones.

Así las cosas, en la Decisión publicada en el DOUE del pasado 2 de octubre de 2009, la Comisión Europea considera que las ayudas estatales de Francia a favor de *France Télévisions* correspondientes al período 2010-2012 podrían resultar incompatibles con el mercado común, puesto superarían previsiblemente el coste neto de las obligaciones de servicio público impuestas a *France Télévisions* correspondientes a dicho periodo. Asimismo, la Comisión declara que las contribuciones o tasas especiales impuestas a los sectores audiovisual y de comunicaciones electrónicas podrían ser contrarias al Derecho comunitario y vulnerar la libertad de establecimiento y prestación de servicios. Esto sucedería específicamente en el supuesto de la tasa a los operadores de comunicaciones electrónicas, que se impone indistintamente a todos los operadores que prestan servicios en Francia, tengan o no su sede allí.

A todo lo anterior se une la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, publicada en el DOUE de 27 de octubre de 2009.

Recursos judiciales ante Tribunales Comunitarios. En línea con el epígrafe anterior, se debe destacar la interposición y publicación el pasado 24 de octubre de 2009 del Recurso interpuesto el 22 de julio del mismo año por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (Asunto C-281/09). Este recurso viene motivado por el hecho de que la Comisión Europea considera que la interpretación restrictiva que realiza el Reino de España de la noción de anuncios publicitarios -y que tiene como consecuencia que determinadas prácticas publicitarias (en particular los publireportajes, los anuncios de telepromoción, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios) no se consideren como anuncios publicitarios y, por lo tanto, no se vean sometidas a los límites horarios impuestos por la directiva 89/552/CEE- contraviene esta última.

Proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual. El texto de Proyecto de Ley remitido por el Gobierno se presenta como norma básica no sólo para el sector privado, sino también para el público, fijando los principios mínimos para la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos, sobre la base de la normativa y recomendaciones comunitarias sobre financiación pública compatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, control independiente a través de organismos reguladores y garantía y protección de derechos.

El Proyecto de Ley pretende compendiar la normativa vigente aún válida, actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal. Se plantea la misión de dar seguridad jurídica a la industria y de posibilitar la creación de grupos empresariales audiovisuales con capacidad de competir en el mercado europeo, como también la apertura regulada de nuevos modelos de negocio, como la TDT de pago, la alta definición y la televisión en movilidad. Y hacerlo garantizando también el pluralismo y la protección de los derechos ciudadanos, al mismo tiempo que se fijan unas reglas de transparencia y competencia claras en un contexto de convivencia del sector público con el privado y de liberalización de la actividad audiovisual.

El Proyecto pretende incorporar a al ordenamiento jurídico interno español la Directiva

2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007, para lo que introduce modificaciones en materia de publicidad televisiva, protección de menores y fomento de la producción audiovisual nacional y europea.

Asimismo, y en cumplimiento de la exigencia comunitaria, al fin se acomete la creación de la Autoridad Audiovisual independiente de carácter estatal para este sector. En este sentido, el Proyecto parte de un modelo regulador para el sector de las comunicaciones no convergente.

En el momento de redactarse esta reseña, el texto de dicho Proyecto se encuentra en pleno proceso de tramitación parlamentaria. El texto ha recibido un total de 633 enmiendas parciales, pudiéndose prever un debate intenso sobre las obligaciones de los operadores en materia de publicidad, responsabilidad editorial, protección de menores en la programación televisiva, el carácter de la autoridad Audiovisual independiente (integrada o no en la CMT) y sus competencias y funciones, así como el régimen sancionador previsto para posibles infracciones. La solución en la próxima reseña.

