Ley General de la Comunicación Audiovisual

POR **ÁNGEL GARCÍA CASTILLEJO**

La inestabilidad en la que se encontraba el sector audiovisual español desde la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 (por la que se anulaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 por el que se asignaba un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias que en ese momento prestaban el servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal) se vio zanjada el pasado 18 de diciembre a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo por la que se ratificaba la anulación, mediante fallo anterior de ese Tribunal, de la concesión directa o, lo que es lo mismo, sin convocatoria del oportuno concurso según lo previsto en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual que había aprobado previamente ese mismo gobierno.

El retraso experimentado en la tramitación de los anteproyectos de Ley General de la Comunicación Audiovisual, una Ley cuya publicación en el Boletín Oficial estaba inicialmente prevista para 2006 -al menos con anterioridad a la aprobación de la Ley de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal, según el Plan diseñado y acordado por el gobierno en diciembre de 2004 y de forma coordinada con el proceso de transición a la TDT recogido en el Plan Técnico Nacional de TDT aprobado en 2005- termina provocando entre otros desajustes, una conversión de títulos habilitantes que en cualquier caso no se compadecía con la legalidad impulsada por el mismo Ejecutivo, generando un entorno de inseguridad y desconcierto en el sector audiovisual español.

Pero la inestabilidad jurídica se vuelve a hacer realidad, como un Guadiana legislativo, en el plano de las telecomunicaciones con la remisión al Parlamento del Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, que reabre la posición gubernamental de vaciamiento de competencias, antes de la CMT y hoy de la CNMC en materia de Telecomunicaciones, que tan severas críticas mereció por parte de la Comisión Europea, al hilo de la tramitación de la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Comunicaciones electrónicas

Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones

El texto del Proyecto de Ley viene a modificar la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre,

Fundación Telefónica
Telefónica

General de Telecomunicaciones, que incorporó al ordenamiento jurídico español el marco regulador de las comunicaciones electrónicas aprobado por la Unión Europea en el año 2002 y que a su vez modificó el anterior texto de Ley General de 1998. Por tanto, esta es la tercera versión de Ley General de Telecomunicaciones.

El Proyecto, tal como reconoce en su exposición de motivos, da un paso más en el proceso de liberalización del sector, «profundizando en los principios de libre competencia y mínima intervención administrativa» que ya se encontraban presentes en los textos precedentes.

Este Proyecto es el segundo que se promueve por el actual gobierno del Partido Popular en esta Legislatura que modifica la Ley 32/2003, pues el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, ya incorporó al ordenamiento jurídico español el conocido como ‘paquete telecom’ de 2009.

Con la redacción del artículo 70 del Proyecto, que hay que poner en relación con el texto de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, se promueve por el gobierno el vaciamiento de competencias en materia de telecomunicaciones en la nueva CNMC a favor del propio Ejecutivo, que acumula aún más competencias, frente a la que es la tendencia en el resto de países de nuestro entorno de la UE.

De este modo, en la CNMC solo se mantendrían las competencias en tres órdenes:

– Definición de mercados e identificación de los operadores de cada uno de ellos con Peso Significativo en esos Mercados (PSM), así como las obligaciones que ello comporta.

– Resolución de conflictos.

– Servicio Universal.

Banda Ancha

Por otro lado, hemos conocido la aprobación y publicación de la Recomendación de la Comisión (una figura cada vez más utilizada y cada vez con mayor influencia y aplicación práctica, a pesar del rubro de este tipo de actos) de 11 de septiembre de 2013 relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en Banda Ancha.

En esta Recomendación, la Comisión Europea, a la vista de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) y, en particular, su artículo 19, apartado 1, en el marco de la evaluación de los proyectos de medidas notificados a la Comisión en virtud del citado artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE, observó que

Fundación Telefónica
Telefónica

siguen existiendo en toda la UE incoherencias importantes en la aplicación de las obligaciones de no discriminación (de conformidad con el artículo 10) y de las obligaciones de control de precios y contabilidad de costes (de conformidad con el artículo 13) de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere al mercado de acceso al por mayor a la infraestructura de red (mercado 4) y al mercado de acceso de Banda Ancha al por mayor (mercado 5) a los que se refiere la Recomendación 2007/879/CE de la Comisión.

Es por ello que, teniendo en cuenta las obligaciones reglamentarias impuestas con arreglo al artículo 10 de la Directiva 2002/19/CE, se constata una situación de desequilibrio regulatorio entre los distintos Estados miembros de la UE, de tal manera que la aplicación de las obligaciones de no discriminación entre operadores de comunicaciones electrónicas por parte del PSM siguen siendo muy variadas en toda la Unión Europea, incluso aunque los problemas del mercado subyacentes sean comparables.

A pesar de que un número importante de Autoridades Nacionales de Reglamentación (de ANR) ha contemplado recientemente una aplicación más detallada de una obligación general de no discriminación utilizando indicadores clave de rendimiento y garantizando una estricta equivalencia de acceso, los proyectos de medidas notificados a la Comisión Europea (de conformidad con el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE) revelan una divergencia considerable entre los enfoques elegidos por las ANR en relación con el alcance y la aplicación de esta obligación, así como del seguimiento y la imposición de su cumplimiento, en particular en lo que respecta al modelo de equivalencia elegido (en caso de que se aplique alguno).

Cálculo de precios

Del mismo modo, las obligaciones reglamentarias relativas a los precios de acceso impuestas en virtud del artículo 13 de la Directiva 2002/19/CE en los mercados 4 y 5 también se ha podido constatar por la Comisión Europea que varían considerablemente entre los Estados miembros de la UE, sin que estas variaciones se encuentren justificadas por las diferentes circunstancias nacionales. Es por ello que, en virtud de las competencias que le confiere el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE, la Comisión Europea ha instado sistemáticamente a las ANR a:

– Utilizar métodos de contabilidad de costes adecuados y garantizar la coherencia de los precios de los productos de acceso a lo largo de la misma cadena de valor, a fin de salvaguardar el principio de la escalera de inversión.

– Aplicar de manera coherente los principios del correspondiente modelo de costes a todos los datos de entrada pertinentes y

– Reconocer la importancia de utilizar los costes de una red eficiente y moderna para establecer los precios del acceso.

Así las cosas, las considerables variaciones existentes entre los distintos enfoques reguladores elegidos por las diferentes ANR en relación con estas dos medidas correctoras dificultan -al entender de la Comisión Europea- el desarrollo del mercado interior de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y obstaculizan la obtención de beneficios importantes para la

Fundación Telefónica
Telefónica

economía general en materia de bienestar. Estas variaciones provocan inseguridad reglamentaria e impiden la regulación coherente del acceso, lo que limita las oportunidades de obtener economías de escala.

Además de todo lo anterior, esta Recomendación de la Comisión Europea analiza también cuestiones que no aborda la Recomendación 2010/572/UE, como la aplicación coherente del artículo 10 de la Directiva 2002/19/CE y un enfoque coherente en relación con el cálculo de los precios del acceso al cobre por parte de los diferentes operadores presentes en el mercado.

Audiovisual

El pasado 18 de diciembre de 2013, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hizo pública la sentencia por la que se ratificaba la anulación, mediante fallo anterior de ese Tribunal, de la concesión directa en 2010 de un múltiple digital a los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva que ya disfrutaban de licencia de emisión en el momento del apagón analógico (Antena 3, Telecinco, Cuatro, La Sexta, Net TV y Veo TV) y que supuso la asignación de nueve canales adicionales de televisión a los mencionados prestadores sin la oportuna convocatoria y adjudicación mediante concurso, de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual.

En la pasada legislatura el Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 aprobó un Acuerdo por el que se asignaba un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias que en ese momento prestaban el servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal. Una entidad mercantil no adjudicataria interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho Acuerdo, que culminó con la Sentencia del Supremo de 27 de noviembre de 2012, la cual, estimando en parte los términos recogidos del recurrente, declaraba su nulidad por no ser conforme a derecho, aunque desestimaba la pretensión del recurrente de:

– Que se extendiera la nulidad de cuantos actos y disposiciones trajeran causa del Acuerdo anulado, argumentando la imposibilidad de determinar con certeza la relación, sin menoscabo de impugnación específica de los actos o disposiciones que pudieran considerarse dependientes del Acuerdo.

– Que se declarara que las licenciatarias solo disponen de título habilitante para un canal por las razones vistas en el fundamento jurídico anterior.

– Que se declarara que con esa decisión habían quedado excluidos del mercado otros posibles interesados, por cuanto el número de canales efectivamente asignados deriva de cuestiones no contempladas en el recurso, como el contenido concesional válido con posterioridad al cese de las emisiones analógicas.

Tras el Fallo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012, el Consejo de Ministros aprobó el 22 de marzo de 2013 la ejecución de lo acordado en la misma, que implicaba que los prestadores de servicios audiovisuales Antena 3, Mediaset, Net TV y Veo TV debían dejar de emitir los canales digitales de televisión afectados por la anulación del Acuerdo.

Fundación Telefónica
Telefónica

Sentencia aplazada

A pesar de lo anterior, también decidió el Consejo de Ministros la continuación transitoria de las emisiones «con el fin de salvaguardar los objetivos de interés general» hasta la culminación del proceso de liberación del dividendo digital, en línea con similar argumentación planteada en su momento por el gobierno con anterioridad y validad por el propio Tribunal Supremo, pero para el proceso de transición a la TDT regulado por el Real Decreto 944/2005y simultáneo de apagado de la televisión analógica.

De este modo, el Tribunal Supremo entiende que, ninguno de los quince canales que ostentaban un título anterior al Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 se ve afectado por la anulación de dicho Acuerdo, pero sí los nueve canales adicionales (tres de Atresmedia, dos de Mediaset, dos de Veo TV y dos de Net TV) que derivan de la asignación de múltiples en dicho acuerdo.

Así las cosas, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español mantiene el criterio de que, si bien es cierto que los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010 contenían una regulación de la transición de la fase analógica a la digital y que en dicha previsión estaba contemplada la atribución de un múltiple digital con capacidad para cuatro canales a las sociedades concesionarias luego licenciatarias, ello no suponía la adscripción efectiva de tales múltiples ni un derecho consolidado en el patrimonio de las sociedades concesionarias aun cuando se hubieran cumplido los requisitos para la asignación de los múltiples (solicitud previa, cumplimiento de determinadas condiciones y Acuerdo del Consejo de Ministros), ya que con la entrada en vigor de la Ley General de la Comunicación Audiovisual se establecía como exigencia incondicional el concurso para la atribución de canales de televisión en consonancia con las exigencias del Derecho Comunitario y no era ya posible autorizar o conceder más uso del espacio radioeléctrico para emisiones radiotelevisivas, otorgar nuevos canales de televisión, mediante las correspondientes licencias sin concurso previo, de acuerdo con la previsión de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual.

Añadir por último que, respecto de la decisión de la propia sala del Tribunal Supremo de aplazar la ejecución de la Sentencia de 27 de noviembre de 2012 hasta el momento en «que culmine el proceso de liberación del dividendo digital», recuerda la Sala que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente al tribunal sentenciador, mientras que las partes están obligadas sin más a cumplirlas en los términos que en estas se consignen, sin que en este caso se den, ni en forma ni en fondo, ninguna de las dos situaciones previstas para la suspensión o inejecución total o parcial de las sentencias: la imposibilidad material o legal y la concurrencia de causas de interés público.

Sociedad de la Información, protección de datos personales y propiedad intelectual

La Comisión Europea ha impulsado la aprobación del nuevo Reglamento (UE) número 859/2013 de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, por el que se aplica el Reglamento (CE) número 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la Sociedad de la Información (SI).

Fundación Telefónica
Telefónica

Se debe recordar que el Reglamento (CE) número 808/2004 establecía un marco común para la producción sistemática de estadísticas europeas de la SI, en el que se terminaron advirtiendo graves carencias, ya que se precisan medidas de aplicación a fin de determinar los datos que han de suministrarse para la elaboración de las estadísticas del módulo 1 (Empresas y Sociedad de la Información) y del módulo 2 (Personas, hogares y Sociedad de la Información) y los plazos para su transmisión, que ahora se pretenden solventar con este nuevo Reglamento.

Fundación Telefónica
Telefónica