

-

CONGRESO ITALO-ESPAÑOL DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Formas privadas e intereses generales: el papel de las fundaciones

27-29 de mayo de 2010

COMUNICACIÓN

**Privatización formal e intereses generales
en el nuevo régimen de la televisión pública en España**

MABEL LÓPEZ GARCÍA
Doctora, Ayudante – Derecho Administrativo

mabel@uma.es

Universidad de Málaga, España

Ponentes españoles:

Ponencia general

prof. José Luis Piñar Mañas

Ponencia particularmente referida a las actividades socio-sanitarias

prof. Francisco Villar Rojas

Ponencia particularmente referida a las actividades culturales

prof.^a Concepción Barrero Rodríguez

Ponencia de clausura sobre las tendencias actuales del Derecho administrativo en
España

prof. Rafael Entrena Cuesta

Privatización formal e intereses generales en el nuevo régimen de la televisión pública en España

Dra. Mabel López García¹
Ayudante, Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

*Sumario*²: 1. El modelo antecedente: la “publicatio” como clave del régimen de los medios audiovisuales. 2. El ente público RTVE y la prestación por el sector público del servicio de radiodifusión en el marco de la “publicatio” estricta. 3. La crisis de la “publicatio” e instituciones de recambio. 3.1 La liberalización de la actividad. 3.2. Privatización formal de la radiotelevisión pública. 3.3. Misión de servicio público y servicio universal 4. Libre competencia y servicio universal de radiotelevisión: funciones de interés público. 5. Cuestiones sobre la aplicación del Derecho público.

Hasta la aprobación de la actual Ley General de la Comunicación Audiovisual en abril de 2010, el régimen jurídico de la explotación de los medios audiovisuales ha estado presidido, con la excepción de la radio y la televisión por cable y por satélite, por el modelo de “publicatio estricta”. Todo ello tras una evolución que hasta el momento presente -y salvo las citadas excepciones- no se ha separado del esquema marcado por el Estatuto de Radio y Televisión de 1980³ (ERTV).

A esa evolución en el cambio de régimen y a las consecuencias jurídico administrativas que conlleva queremos acercarnos con esta comunicación, con el fin de esbozar las líneas del nuevo marco jurídico que se nos presenta⁴. Y es que sin duda, los cambios sufridos en la prestación de los

¹ Miembro del Grupo de Investigación SEJ-410 *Estudios Jurídicos y disciplinares avanzados* y vinculada al Proyecto I+D SEJ2006-14561: *Nuevos escenarios de la investigación aplicada al Estudio de los medios*

² CE, Constitución española; CRTVE, Corporación Radio Televisión Española; ERTV, Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de Radio y Televisión; LGCA, Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; LOFAGE, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; LRTTE, Ley 17/2006 de Radio y Televisión de Titularidad Estatal; TCCE, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

³ Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y Televisión

⁴ Se traen así algunas de las consideraciones y conclusiones de mi tesis doctoral *Servicio público, libre competencia y derecho a la información en la oferta de contenidos*

servicios de radiodifusión en España son un ejemplo de las tendencias actuales en la consecución de los fines de interés general, en las que se difumina la dicotomía Derecho público-Derecho privado.

1. El modelo antecedente: la “publicatio” como clave del régimen de los medios audiovisuales.

Sobre la base del art.128.2 de la Constitución española (CE), el ERTV configuró de modo expreso la radio y la televisión como un servicio público de titularidad estatal (art.1.2.ERTV). Ésta configuración en principio hacía jurídicamente imposible la explotación de medios audiovisuales tanto por sujetos privados como por otras Administraciones distintas del Estado, salvo que se obtuviera la necesaria concesión administrativa de dicho servicio público. A su vez, por otra parte, la vinculación originaria entre los medios de comunicación audiovisual y el dominio público radioeléctrico (soporte de la radiodifusión audiovisual) exigía que toda persona, pública o privada, que pretendiese desarrollar la actividad de radio o televisión tuviera que obtener la correspondiente concesión demanial para el uso privativo de las frecuencias asociadas -a otorgar en todo caso por el Estado-, además de la concesión de la gestión del servicio.

El proceso evolutivo del régimen de la radio y la televisión en España (nos remitimos a los estudios doctrinales por todos conocidos)⁵ ha estado presidido por esa clave de la “publicatio estricta”, es decir, de definición legal de la explotación de tales medios como un servicio público de titularidad administrativa, objeto de gestión directa por el sector público o indirecta concesional por el sector privado (y en su caso por el propio sector público, como sucede con la gestión de la televisión local en los Ayuntamientos). Sin embargo, en los últimos años ese esquema fue evolucionando hasta la final

audiovisuales. Dicha tesis, fue defendida el 12 de junio de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.

⁵ Vid. entre otros, SOUVIRÓN MORENILLA, J.M^a.(2003): “Presente y futuro de la regulación de la radio y televisión en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº extraordinario 2/2003, vol.II, Sevilla, IAAP. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2001): “Aspectos jurídicos del proceso de implantación de la tecnología digital en la televisión por ondas terrestres”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº18, pp. 23 a 65. CHINCHILLA MARÍN, C.(2000): El servicio público de la televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales, en *El Régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, pp.109-119 SOUVIRÓN MORENILLA, J.M^a. (1999): *Derecho de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, Comares, Granada.

ruptura de dicho modelo por la reciente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

2. El ente público RTVE y la prestación por el sector público del servicio de radiodifusión en el marco de la “publicatio” estricta

En el marco de la citada “publicatio” estricta la competencia exclusiva tanto para la ordenación del servicio como para su gestión correspondía al Ente público RTVE, el cual quedaba sujeto exclusivamente al propio ERTV y sus disposiciones complementarias, salvo en las adquisiciones patrimoniales y la contratación, en lo que se regía sin excepción por el Derecho privado. Se trataba, pues, de un ente administrativo funcionalmente descentralizado, de los específicamente previstos en el capítulo III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Del ente público RTVE dependían a su vez para la concreta prestación en gestión directa de los servicios de radio y televisión en cobertura nacional, respectivamente, Radio Nacional de España (RNE), y Televisión Española (TVE), dos entidades instrumentales del propio Ente público RTVE, configuradas como sociedades estatales con forma de sociedad anónima y regidas por el derecho privado con algunas excepciones previstas en el ERTV (art.19 ERTV). De este modo, el ERTV diferenciaba entre la gestión pública del servicio que corresponde al Ente público RTVE (art.16 ERTV) y una gestión mercantil que corresponde a las dos entidades instrumentales, RNE y TVE (art.17 ERTV). El patrimonio de RTVE tenía la consideración de dominio público en cuanto afecto al servicio público de radiotelevisión, estando exento de toda clase de tributos y gravámenes, a excepción de los contratos de comercialización de programas y subproductos de los mismos que llevarían implícita la desafectación (art.34 ERTV).

Por su parte, y conforme al ERTV la actividad de las sociedades prestadoras del servicio de comunicación audiovisual debía inspirarse en unos principios básicos derivados de la propia actividad comunicativa y de los límites constitucionales al derecho a la comunicación, consagrados por el Estatuto como propios del servicio público: la objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones; la separación entre informaciones y opiniones, respetando el artículo 20 de la CE; el respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico; el respeto al honor, la fama, la

vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución; la protección de la juventud y la infancia; y el respeto a los valores de igualdad recogidos en el art.14 de la Constitución (art.4 ERTV)

3. Crisis de la “publicatio” e instituciones de recambio en el sector audiovisual

La configuración de toda la radio y televisión como un servicio público en los términos expuestos se ha mantenido de acuerdo con las premisas del ERTV hasta mayo de 2010, fecha en la que ha entrado en vigor la Ley General de la Comunicación Audiovisual. La aprobación de esta ley ha sido el resultado inevitable y esperado de la disfuncionalidad probada de dicho modelo de regulación. De ello es prueba el que, aun bajo las claves del ERTV, de una parte, la radiotelevisión de las Comunidades Autónomas no se concibiera ya como una actividad estatal cuya gestión les había sido concedida por el Estado, sino como un servicio de titularidad propia⁶; y de otra, la apertura de la explotación privada del audiovisual a una liberalización que, en el caso de la radio y la televisión por cable y satélite, es ya Derecho vigente desde hace unos años (desde 2003 en el caso del cable y desde 1995 en el caso del satélite), y que tenía como trasfondo el hondo debate sobre la compatibilidad o no de la configuración de la radiotelevisión como servicio público de titularidad administrativa (y por tanto su gestión concesional por el sector privado) con las libertades públicas (de empresa y de comunicación).

En efecto, el modelo de regulación presidido por el ERTV presentaba carencias ciertas: la obsolescencia del modelo de radiotelevisión pública del ERTV tanto en el caso de RTVE como en el de la radiotelevisión concedida a las Comunidades Autónomas; los obstáculos burocráticos al desarrollo del cable; las deficiencias del régimen de la televisión local; la falta de arranque efectivo de la Televisión Digital Terrestre; la limitación del número de operadores privados de televisión en la cobertura estatal y su inexistencia en la autonómica, etc. Todo ello, entre otras razones, por la ausencia de un modelo

⁶ SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. (2008):“Los medios de comunicación social en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M (coord.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas. LÓPEZ GARCÍA, M.I.: “El nuevo panorama de la regulación de los medios audiovisuales y las comunidades autónomas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.64, pp.433-452.

normativo actualizado de la difusión audiovisual de carácter general. La reforma del sector era así una necesidad evidenciada por todos. Pero este hecho no era sino el anticipo de algo más: la crisis, no ya de la titularidad administrativa de la explotación de los medios audiovisuales, sino de la propia aplicación a este ámbito del modelo de servicio público en sentido estricto. Todo ello como consecuencia de una serie de hechos: la necesidad de hacer efectivos en plenitud los derechos fundamentales, las contradicciones del propio modelo de servicio público estricto, la nueva concepción sobre el servicio público en la Unión Europea en busca del equilibrio entre la satisfacción de los intereses colectivos y el respeto del pluralismo y la libre competencia.

De ahí que la “despublicatio” general de la difusión audiovisual, para su regulación bajo las claves del llamado servicio público objetivo, apareciera desde hace algún tiempo como un horizonte nada hipotético, sino todo lo contrario, como un proceso en marcha. Así, con la voluntad de ajustar y ordenar el sector como paso previo para su posterior reforma global en el marco de desarrollo de la tecnología digital, se aprobó la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y Fomento del Pluralismo. Esta Ley, seguida luego de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal, puede considerarse la “antesala” de la reforma normativa global de todo nuestro ordenamiento audiovisual que el Gobierno proyectaba, y que ha culminado con la aprobación de la nueva Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

3.1. La liberalización de la actividad

La LGCA, ha modificado sustancialmente todo el régimen del audiovisual existente hasta el momento en España, sobre la base de una premisa esencial: la liberalización de la actividad de radiodifusión conforme a las claves del Derecho comunitario, y teniendo como punto de partida y objeto esencial de la regulación del sector (Título II de la LGCA), el derecho a la comunicación a través de los medios de difusión, en su doble vertiente: el derecho a recibir y el derecho a comunicar información (art.20 CE).

La Ley, tal y como recoge en su exposición de motivos, se presenta como norma básica del sector audiovisual, público y privado, atendiendo en todo momento a los principios constitucionales que deben de inspirar la

presencia en el sector audiovisual de organismos públicos y a la normativa y recomendaciones comunitarias sobre financiación pública compatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (art.86 TCCE).

De acuerdo con este marco la LGCA liberaliza la explotación de los servicios de comunicación audiovisual, calificados como servicios de interés general, no ya como servicios públicos, matiz especialmente relevante en atención a las consecuencias jurídicas que conlleva y que se vinculan directamente con la evolución del concepto de servicio público: del servicio público subjetivo al servicio público objetivo (aspecto éste al que nos referiremos más adelante).

Así, el Título III de la Ley, referido al “régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado transparente y plural”, establece en su artículo 22 que la prestación del servicio de comunicación audiovisual requiere únicamente de la comunicación fehaciente previa al inicio de la actividad ante la autoridad audiovisual competente, es decir, ante el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) que la propia Ley crea con la naturaleza de organismo público independiente adscrito al Ministerio de la Presidencia⁷ (art.44 LGCA). No se trata ya, por tanto, de una concesión, sino de una mera comunicación que no requiere de respuesta alguna (art.22.2 y 23 LGCA).

Este régimen queda, sin embargo, exceptuado cuando el servicio de comunicación audiovisual se preste mediante ondas hertzianas, en cuyo caso se necesitara de licencia previa otorgada mediante concurso (art.22.3, 24 y ss LGCA)

3.2. Privatización formal de la radiotelevisión

Por lo demás, las previsiones de la LGCA resultan del todo coherentes en lo que al régimen de la radiotelevisión pública respecta, con la regulación que la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal (LRTTE) ya había establecido. Así y aunque la aprobación de la LRTTE es anterior a la LGCA, debemos entenderla dentro del citado marco normativo básico. Y es que con independencia del desorden normativo, especialmente

⁷ De los previstos en la disposición adicional décima de la LOFAGE.

marcado en los últimos años, la aprobación de ambas leyes, junto a la creación de CEMA, formaban parte en origen de un mismo paquete de reforma⁸.

Pues bien, en lo que aquí nos afecta la LRTTE tuvo una consecuencia jurídica fundamental, la extinción del Ente Público RTVE y sus sociedades, y la creación de la Corporación de Radio y Televisión Española (CRTVE), a la que atribuye el servicio público de la radio y televisión de titularidad estatal, específicamente definido como función o misión de servicio público (art.2 LRTTE). Así y aprobada ya la LGCA y liberalizada, por tanto, la actividad de radiodifusión, las previsiones de la LRTTE tienen especial interés.

Con la LRTTE, la CRTV se configura como una sociedad mercantil con especial autonomía, con forma de sociedad anónima y cuyo capital social será íntegramente estatal (art.5 LRTTE). A su vez, engloba dos empresas: la Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española (sustituta de TVE, S.A.) responsable de las dos primeras cadenas de televisión generalistas del país, y la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España (sustituta de RNE, S.A.).

En lo que se refiere a las características de la Corporación que la diferencian del Ente Público RTVE, podemos destacar:

- 1) La Corporación tiene forma de sociedad anónima. Su capital social será íntegramente de titularidad estatal, y carácter independiente respecto del Gobierno y la Administración General del Estado. Se trata de una sociedad mercantil estatal, expresamente prevista en el apartado 3 de la disposición adicional duodécima de la LOFAGE y no de un Ente público empresarial de los referidos en el capítulo III de la citada Ley, como vimos.
- 2) Sus bienes y derechos son de carácter patrimonial estableciéndose una compensación por el cumplimiento de las obligaciones de servicio

⁸ El 26 de junio de 2005 el Consejo de Ministros aprobó el Plan de Reforma del Sector Audiovisual compuesto por tres anteproyectos de Ley (Ley General Audiovisual, Ley de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal, y Ley de creación del Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales), más dos Reales Decretos para la modificación del Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre y del Plan Técnico Nacional de Televisión Privada.

público⁹. Asimismo se prohíbe en el artículo 43 de la LGCA que la misma difunda cualquier tipo de comunicación comercial audiovisual

- 3) La actividad de la Corporación en su función de servicio público es la que podrá justificar su financiación pública. Dicha función de servicio público, ciertamente definida de forma omnicomprendiva en la Ley, exige su precisión de acuerdo con un mandato-marco a aprobar por las Cortes Generales y concretada en los contratos-programas acordados por el Gobierno con la Corporación.

De este modo desaparece la financiación pública tal y como estaba concebida anteriormente y se establece un sistema de financiación subordinado en teoría a las funciones de servicio público que efectivamente se vean satisfechas

3.3. Misión de servicio público y servicio universal

El cambio en el régimen de la radiodifusión y televisión producido con la LGCA ha sido especialmente significativo, marcando un antes y un después en la prestación de un servicio directamente vinculado a los derechos fundamentales. Quizás por ello mismo están aún en el régimen de la televisión pública ciertas reglas “exorbitantes” justificadas por la gestión de los intereses generales.

Antes hemos resaltado como la LGCA liberaliza la explotación de la actividad, pero hay que decir que ello lo hace sin olvidar la previsión del art.20.3 CE, conforme al cual se reconoce la posibilidad de que haya medios de comunicación social dependientes del Estado. Pues bien, en este punto es especialmente relevante traer a colación las previsiones comunitarias, concretamente el art.86 del TCCE, que marcan de una manera clara la regulación del sector audiovisual en España, así como la evolución en el concepto de servicio público y la intervención de los Estados en la economía.

De acuerdo con el art.86 del TCCE la excepción de las normas sobre competencia y la posibilidad de ejercicio de derechos exclusivos o ayudas de Estado sólo se justifican cuando exista la atribución de una misión de

⁹ Régimen de financiación desarrollado por la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, modificada por la LGCA.

servicio público que defina las obligaciones recíprocas de las empresas en cuestión y de la Administración, y la ayuda de Estado sea necesaria para el cumplimiento de tal misión¹⁰. Esa misión específica de servicio público debe encomendarse por medio de un acto oficial que, según el Derecho de los Estados miembros, puede consistir formalmente en un acto legislativo, un acto reglamentario o un contrato.

Igualmente cabe destacar aquí el Protocolo sobre el servicio de radiodifusión pública anexo al Tratado de Ámsterdam, que aunque específicamente reconoce la posibilidad de que los Estados financien el servicio público de radiodifusión, ello se permite en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público.

Así, el concepto de servicio público sufre en los últimos años una importante evolución. Una evolución que ha pasado a objetivar la prestación de los servicios esenciales. Ahora el elemento fundamental que define la existencia de un servicio público no es el elemento subjetivo, sino el elemento objetivo, de modo que independientemente de quien preste el servicio, lo que se pretende con la calificación de un servicio como esencial es la satisfacción de un misión de servicio público, con la que se asegure la asequibilidad del servicio por los usuarios, asequibilidad económica y física. No hay por tanto servicio público en sentido genérico, sino misiones de servicio público.

Se vincula así directamente el servicio público objetivo con el “servicio universal”, que concebido en el contexto de la liberalización y neorregulación de determinados sectores, responde a la esencia sustantiva del servicio público, que la utilidad de los servicios llegue de manera efectiva y con carácter universal al conjunto de los ciudadanos. Todo ello en un contexto de libre mercado para el desarrollo de las correspondientes prestaciones, pero corregido en sí y en las exigencias de la radical competencia, para garantizar la asequibilidad de aquellas al universo de posibles usuarios. Sobre esta base, el servicio universal quedó definido en la UE conforme a los principios de “universalidad, igualdad y continuidad” de acuerdo con el progreso técnico, el desarrollo del mercado y las necesidades de los usuarios; prestados en

¹⁰ Artículo 86 del TCCE y Comunicación de la Comisión Europea referente al Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, de 29 de noviembre de 2005.

régimen de mercado y libre competencia, aunque financiables para compensar la carga que las obligaciones de servicio público puedan representar en el coste de su prestación.

Pues bien, la LGCA recoge en ese marco básico de regulación del sector audiovisual, conforme a las premisas de la libre empresa y la libre competencia, una misión de servicio público: “difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de la cultura audiovisual” (art.40 LGCA). Dicha misión queda encomendada a los prestadores de servicio público, que conforme a la LRTTE es la CRTVE (art.3 LRTTE), y se concreta en funciones específicas de servicio público que se establecerán para un periodo de 9 años y se desarrollarán de manera específica en periodos inferiores mediante los correspondientes contratos programas (art.41 LGCA).

4. Libre competencia y servicio universal de radiotelevisión: funciones de interés público

Ya hemos referido cómo la LGCA califica los servicios de comunicación como servicios de interés general, concepto derivado del Derecho comunitario y con el que se objetiviza el concepto tradicional de servicio público, de modo que la titularidad de la actividad no se reserva al Estado. Pero también hay que ser consciente de la peculiaridad con que el Derecho comunitario aborda esa especificidad de los servicios audiovisuales, comparado incluso con las típicas instituciones que revisten los supuestos de servicios no estrictamente comerciales. Tal peculiaridad deriva de un hecho evidente: la inexistencia hasta el momento de una concreta política europea de liberalización de los servicios audiovisuales. De ahí que la primera cuestión de fondo para realizar esta nueva regulación del audiovisual en España, haya sido la de buscar la compatibilidad con las reglas de la competencia –y en concreto el régimen de las ayudas de Estado- de esa posición singular de la radiotelevisión pública.

Como vimos, el Protocolo sobre el servicio radiodifusión pública anejo al Tratado de Ámsterdam recoge la legitimidad de las ayudas públicas a las televisiones, a los organismos de radiotelevisión, en tanto que excepción a las reglas de la competencia, tal y como haya sido atribuida, definida y organizada

por cada Estado miembro. Sin embargo, esa legitimidad no lo es en bloque sino tan sólo en lo que respecta a la concreta misión de servicio público, a una tarea, a una función definida y acotada en el conjunto de tal actividad. Estamos, pues, y como hemos dicho, ante un “nuevo paradigma del concepto de servicio público en el audiovisual” ya incorporado, por lo demás, a nuestro ordenamiento. En el que se concreta la específica misión de servicio público, que por ello y de entrada debe ser en todo momento accesible al público.

Considero en todo caso necesario llamar la atención sobre algunos posibles equívocos. Como el de que la caracterización de la misión del servicio público deba vincularse en todo caso a contenidos de calidad, o al respeto y observancia de unos principios y valores, como si todos los contenidos convencionales y no vinculados a la misión de servicio público quedaran ajenos a esas exigencias. Opinión que también parece compartir el legislador español. Así la LGCA prevé, con independencia del medio que realice la comunicación, que la comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o la discriminación y que debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales; debe respetar el honor la intimidad y la propia imagen de las personas; y la información debe elaborarse de acuerdo con el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información (art.4 LGCA).

De otra parte, y en lo que aquí específicamente nos interesa, la función de interés público queda encomendada en el ámbito de difusión de cobertura nacional a la CRTVE. El artículo 3 de la LRTTE recoge de manera genérica las obligaciones de servicio público. Tales obligaciones se configuran en la Ley en términos abstractos, siendo necesaria su concreción conforme a un esquema operativo establecido en la propia Ley, por el cual: 1) las Cortes Generales aprueban un “mandato marco” en el que se concretan los objetivos generales de la función de servicio público por un periodo de nueve años¹¹; y 2) el Gobierno y la CRTVE acuerdan cada tres años un contrato-programa de acuerdo con las líneas estratégicas del mandato-marco¹².

¹¹ El primer mandato marco se aprobó el 18 de diciembre de 2007, BOCG, de 18 de diciembre de 2007, núm.470, serie A.

¹² Está aún pendiente de firma el contrato-programa para el periodo 2010-2013, que será, en su caso, el primer contrato-programa, dado que durante el periodo 2008-2010 no se firmó ninguno.

Conforme a todo ello la garantía de la oferta audiovisual y de la provisión de contenidos se entiende va de suyo con la institucionalización del servicio público en los términos expuestos: mandato marco y de modo específico el correspondiente contrato programa. El contrato programa determinará al menos los objetivos específicos a desarrollar en el ejercicio de la función de servicio público, las aportaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado destinadas a la prestación del servicio público de radio y televisión, 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 y el control de la ejecución del contrato-programa y de los resultados de su aplicación (art.32 LRTTE).

5. Cuestiones sobre la aplicación del Derecho Público.

Expuesto el nuevo régimen del audiovisual y del audiovisual del sector público, cabe plantearse una pregunta: ¿en qué medida resulta aplicable el Derecho público al nuevo servicio de radiodifusión?

Con la aprobación de la LGCA y de la LRTTE los servicios de comunicación audiovisual se desarrollan en un marco de libre mercado y libre competencia, y por tanto en principio cabría entender que más allá de las cuestiones específicas sobre su regulación básica, la explotación del sector audiovisual se sitúa al margen del Derecho público. Así, hemos dicho que la nota fundamental y diferenciadora es que la titularidad del servicio no pertenece a la Administración por lo que la prestación no precisa de concesión.

Sin embargo, la necesidad de satisfacer los intereses generales exige que la prestación del servicio no quede exclusivamente sometida a las reglas de mercado. De ahí que se establezca la misión de servicio público, encomendada a los medios de titularidad pública, en cuanto existen como opción del legislador. Conforme a ello vamos a resumir en qué supuestos sería aplicable el Derecho público, atendiendo a la clasificación tradicional que diferencia entre la relación del prestador de servicios con la Administración, la relación del prestador de servicios con sus trabajadores, y la relación del prestador de servicios con los usuarios, diferenciando en cada caso según sea un prestador de servicios de comunicación audiovisual de titularidad privada o de titularidad pública.

a) *En la relación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual con la Administración*, la intervención de la Administración se realiza conforme a criterios regulatorios básicos aplicables a todo el mercado audiovisual y la atribución de la misión de servicio público a un prestador de servicios de comunicación audiovisual en particular, concretamente y en el ámbito de difusión de cobertura nacional a la CRTVE.

b) *La relación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual con el personal*, está sujeta puramente al derecho laboral. Y ello es de manera clara en los medios de titularidad privada, pero también con algunas particularidades en los medios de titularidad pública. Así la relación del personal al servicio de la CRTVE queda sujeta al derecho laboral, a excepción de los órganos que componen la Corporación (Presidente, Consejo de Administración, Consejo Asesor y Consejo información) para los que se prevé una regulación propia en la que se establece el procedimiento de elección, cese e incompatibilidades (at.9 a 24).

c) *La relación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual con los usuarios*, queda sujeta a la regulación básica general que se realiza en la LGCA. Siendo aquí especialmente relevante diferenciar el supuesto en el que los servicios se presten por quien tiene encomendada la misión de servicio público, la CRTVE.

En principio cabría entender que en la medida que la CRTVE es un medio de titularidad pública podría sujetarse la relación con los usuarios al Derecho público. Sin embargo entiendo que de acuerdo con la naturaleza jurídica que se le otorga, sociedad pública empresarial, no puede realizar ejercicio de autoridad, por lo que en su relación con los usuarios únicamente sería aplicable en principio el Derecho privado, a diferencia de lo que ocurría anteriormente con el Ente público RTVE, que en cuanto tal y conforme a la LOFAGE ejercía potestades administrativas controlables por la jurisdicción contenciosa (art.59).

Sin embargo, no debemos olvidar que la LGCA crea el CEMA como organismo público adscrito al Ministerio de la Presidencia, entre cuyas funciones está vigilar el cumplimiento de la misión de servicio de los prestadores de servicio público de comunicación audiovisual (art.47.i). En el

ejercicio de estas funciones el CEMA puede dictar las disposiciones y actos precisos para el desarrollo de las competencias que le atribuye la Ley.

En este sentido cabría, por tanto, entender que en el supuesto de que se lesione el interés del público, cualquier persona sobre la base de un interés legítimo afectado podría realizar una reclamación por vía administrativa ante el CEMA, que una vez admitida o rechazada por la Administración, da lugar, formalmente, a un acto administrativo susceptible de ser impugnado en vía contenciosa (art.54 LGCA). Por tanto, es claro que el incumplimiento de la misión de servicio público encomendada a la CRTVE es controlable por la jurisdicción contenciosa previa resolución del CEMA.

Pero además cabe plantearse la posibilidad de que en la medida que el CEMA tiene encomendada también la función de velar y ejercer las facultades para garantizar la plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en la Ley (art.47.n), pudiera plantearse ante el mismo una reclamación en relación con la vulneración por cualquier prestador de servicios de los derechos y obligaciones reconocidos en la Ley, entre otros, por ejemplo, la obligación del prestador de servicios de comunicación audiovisual que tiene la exclusiva de un acontecimiento previamente calificado de interés general de emitirlo en abierto (art.20.4 LGCA).

Cabría así la posibilidad de que cualquier usuario que entienda afectado su interés legítimo presente una reclamación ante el CEMA, que una vez admitida o rechazada da lugar nuevamente a un acto administrativo susceptible de ser impugnado en vía contenciosa. Así, la delimitación del interés legítimo vendría definido de una parte por la vinculación con los derechos reconocidos en el Capítulo I, Título II de la LGCA; y de otra por el incumplimiento de las concretas obligaciones a las que están sujeto los prestadores de servicios de la comunicación audiovisual, ya sea en el cumplimiento de la específica misión de servicio público encomendado a la CRTVE o en relación con las limitaciones al mercado establecidas en la Ley y de cuyo cumplimiento vela el CEMA.