

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

NUEVO MODELOS DE GESTIÓN Y POSIBILIDAD DE PRIVATIZACIÓN DE LAS TELEVISIONES AUTONÓMICAS (LEY 6/2012)

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El jueves 2 de agosto se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos. La Ley reconoce a las Comunidades Autónomas múltiples opciones para gestionar, directa o indirectamente, el servicio público de televisión, y las habilita para privatizar los canales públicos existentes.

La Ley abre un amplísimo abanico de opciones para que los gobiernos autonómicos decidan qué modelo de gestión quieren aplicar a sus servicios públicos de comunicación audiovisual.

Con anterioridad a esta reforma, la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA) no imponía a las Comunidades Autónomas la prestación del servicio público de televisión mediante la creación de un canal público, y, de hecho, sólo trece autonomías lo tienen.

Sin embargo, para el caso de que optasen por la prestación de este servicio público, únicamente cabía la prestación directa por entes y sociedades públicas, restringiéndose la participación privada a la producción de programas, y ello con limitaciones. El artículo 40.1 de la LGCA prohibía así a los entes que prestasen el servicio público de comunicación audiovisual y a sus sociedades prestadoras ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos, y exigía que la mayoría de los programas difundidos por las cadenas generalistas fuera de producción propia.

A partir de ahora, en cambio, las Comunidades Autónomas podrán optar por seguir prestando directamente el servicio público de comunicación audiovisual o por encomendar a un tercero la gestión indirecta del mismo o la producción y edición de los programas sin limitación alguna. Además, la Ley contempla la posibilidad de una *privatización absoluta*, en el sentido de transformar el canal público en un canal privado y dejar por consiguiente de prestar este servicio público.

De esta forma, como ha apuntado certeramente la prensa, "lo único que no perderán las televisiones será su titularidad pública", pues, en lo que concierne a su gestión, se admiten todas las reestructuraciones posibles, desde la privatización parcial de los servicios o contenidos a la cesión total de la gestión o, incluso, el cierre del canal público. Ante esta situación, se abren nuevas oportunidades de negocio tanto a las empresas de servicios audiovisuales y de producción de contenidos, como a las consultoras, fondos de inversión o empresas de capital riesgo especializadas en reestructuraciones.

Esta Ley, como la mayoría de las aprobadas en estos tiempos, se explica fundamentalmente en clave económica: las televisiones públicas, tanto TVE como el conjunto de las autonómicas, acumularon unas pérdidas de 536 millones de euros en 2010, a las que hay que sumar, a efectos del déficit, los 1.918 millones de euros de subvenciones recibidas (según el V Informe sobre la Televisión Pública en España, elaborado por Deloitte para UTECA, que ha difundido la prensa).

Ante el gran déficit acumulado, algunas autonomías, como Madrid, Castilla-La Mancha y la Comunidad Valenciana, han manifestado su voluntad de privatizar los canales públicos, y otras, como Baleares, Canarias y Murcia, están aplicando ya un régimen mixto de gestión público-privado mediante la externalización de gran parte de su programación (sobrepasando, en ocasiones, las limitaciones que establecía la LGCA). En cambio, las Comunidades Autónomas con lengua propia (Cataluña, País Vasco y Galicia), apuestan decididamente por el carácter público de televisión en cuanto instrumento de primer orden para la inmersión lingüística.

Pasamos a exponer las principales novedades que aporta la Ley 6/2012 al marco normativo establecido por la LGCA.

1. Se admiten, sin limitaciones, todas las fórmulas de gestión, directa o indirecta, del servicio público de comunicación audiovisual.

Las Comunidades Autónomas podrán decidir, como hasta ahora, si prestan o no el servicio público de comunicación audiovisual. En el caso de que decidan prestarlo, la Ley 6/2012 les reconoce la posibilidad de elegir “dentro de los múltiples que se les reserven, los canales digitales que serán explotados por el servicio público de comunicación audiovisual televisiva y los que serán explotados por empresas privadas en régimen de licencia”¹.

En el supuesto de que las Comunidades Autónomas opten por la prestación del servicio público de comunicación audiovisual, la Ley introduce la posibilidad de acudir a cualquier forma de gestión directa o indirecta, sin limitación alguna. En concreto, el nuevo artículo 40.2 LGCA contempla los siguientes modos de gestión:

- a) Gestión directa “a través de sus propios órganos, medios o entidades”. En este supuesto, se permite la cesión o externalización a terceros de la producción y edición de sus programas, que puede ser parcial o total, dado que la Ley

¹ Interesa señalar, a este respecto, que las televisiones autonómicas operan al amparo del Plan Técnico Nacional de la televisión digital terrestre, aprobado por Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, que, tras el cese de las emisiones con tecnología analógica, ha reservado a cada Comunidad Autónoma dos múltiples digitales de cobertura autonómica. Este Real Decreto prevé ya que los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas decidan, dentro de estos múltiples digitales, los canales destinados al servicio público, si bien lo hace con una redacción que responde a la entonces vigente Ley 46/1983, reguladora del tercer canal de televisión, por lo que se refiere a los canales que serán explotados “por la entidad pública” creada al amparo de esta Ley, y “los que serán explotados por empresas privadas en régimen de gestión indirecta, mediante concesión otorgada por concurso público”. El nuevo precepto de La Ley 6/1012 adapta esta decisión al nuevo marco normativo, en el que ya no se exige que sea una entidad pública quien explote el servicio público de comunicación audiovisual ni que la gestión directa se lleve a cabo necesariamente mediante concesión.

suprime tanto la necesidad de que la mayoría de los programas difundidos por las cadenas generalistas tengan que ser de producción propia como la prohibición de externalizar la producción y edición de los telediarios.

- b) Gestión indirecta, que podría instrumentalizarse a través de una concesión, de una sociedad de economía mixta o de un concierto con una entidad que venga prestando un servicio de televisión. En todos los casos, deberán respetarse "los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, así como no discriminación e igualdad de trato", lo que supone que la concesión, la elección del socio privado o el concierto deberán seguir el procedimiento de concurso.

La gestión indirecta puede, asimismo, articularse mediante la enajenación de la titularidad de la actual entidad pública gestora del canal autonómico a una sociedad privada, que pasaría así a ser concesionaria del servicio público. Esta enajenación deberá realizarse conforme a los principios de publicidad y concurrencia mencionados.

- c) Gestión "a través de otros instrumentos de colaboración público-privada", con respeto, también, de dichos principios de publicidad, transparencia y concurrencia. Esta previsión apunta a las "fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado" de la disposición adicional novena del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que permite adjudicar directamente la concesión "a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas

establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto (...)".

Para hacer posibles las fórmulas de gestión indirecta por medio de empresas de economía mixta o de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Ley introduce una excepción en la prohibición de que los prestadores de titularidad pública del servicio público de comunicación audiovisual participen en el capital social de prestadores privados de dicho servicio prevista en el artículo 42.1 LGCA. Se prevé así que, no obstante dicha prohibición, cuando "se acuerde la prestación del servicio público de comunicación audiovisual mediante gestión indirecta u otros instrumentos de colaboración público privada, las Comunidades Autónomas podrán participar en el capital social del prestador de su servicio público".

2. Se habilita a las Comunidades Autónomas para privatizar los canales públicos de televisión.

Uno de los aspectos más destacados (y polémicos) de la reforma ha sido la previsión de la posibilidad de que se privaticen los actuales canales públicos de televisión.

Según resulta de los términos de la Ley, esta privatización puede ser absoluta, en el sentido de transformar el canal público en un canal privado, lo que requiere la conversión de la habilitación para prestar el servicio en licencia audiovisual y su adjudicación a la iniciativa privada conforme al procedimiento que establezca la legislación autonómica. En este caso, aunque no lo diga la Ley, parece que estaríamos ante una sucesión de empresa, con la consiguiente subrogación de los medios materiales y personales por parte del titular de la licencia.

Pero puede optarse también por mantener el canal público autonómico y privatizar únicamente su gestión, encomendándosela a una empresa privada. Así resultaría de la fórmula, ya expuesta, que permite la enajenación de la titularidad de la entidad prestadora del servicio con el fin de transformar la gestión directa del servicio público en gestión indirecta, con lo que la sociedad adquirente pasaría a ser concesionaria del canal público a cambio del pago de un canon.

3. Se impone el cumplimiento de las obligaciones de servicio público a los gestores privados del servicio público audiovisual

La Ley prescribe que "las personas físicas o jurídicas a quienes se les encomiende la gestión del servicio o la prestación del mismo a través de fórmulas de colaboración público-privada, estarán sujetos al cumplimiento de los artículos 40.1 y 41 de esta Ley". Estos preceptos desarrollan el contenido y los deberes de la función de servicio público de comunicación audiovisual y, para las Comunidades Autónomas, encomiendan la vigilancia de su cumplimiento a los Parlamentos autonómicos y a las autoridades audiovisuales competentes.

El servicio público de comunicación audiovisual se define por el artículo 40 de la LGCA como un "servicio público de interés general" que, siguiendo la transformación

general de los servicios públicos económicos en Europa, no se caracteriza por la reserva del servicio o titularidad pública de la actividad sino por el desempeño de una misión de servicio público, concerniente, en este caso, a los contenidos de la programación². Por ello, dicho sea incidentalmente, si bien la nueva regulación mantiene la titularidad pública del servicio, no existe ningún dogma insalvable que impida que la televisión pudiese privatizarse por completo (como ocurrió, en su día, con la prensa pública), asumiendo las cadenas privadas obligaciones de servicio público mediante la técnica del servicio universal³. Es posible que esta solución acabe por imponerse en el futuro como consecuencia no de la decisión de los poderes públicos sino de los propios avances técnicos, que, como se intuye ya en los nuevos *Smart TV*, hibridan la televisión con internet y permiten al usuario elegir contenidos de múltiples fuentes, por lo que pueden llegar a desplazar en el futuro el sistema de televisión "programada" que ofrecen actualmente los canales de televisión, imponiendo un nuevo modelo de gestión y, por tanto, de regulación, de los contenidos audiovisuales.

La cuestión de determinar en qué consiste, en concreto, un programa de servicio público ha sido siempre debatida. Y no se trata de una cuestión menor, dado que la financiación pública no puede sostener actividades ni contenidos ajenos al

² Se trata, según este precepto, de "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 una cultura audiovisual. Asimismo los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual atenderán a aquellos ciudadanos y grupos sociales que no son destinatarios de la programación mayoritaria".

³ Así lo puso de manifiesto, ya en 1998, Santiago Muñoz Machado en *Servicio Público y mercado. III. La televisión*, Cívitas, Madrid.

cumplimiento de la función de servicio público ni exceder del coste neto del servicio público (art. 41.1 LGCA). Por ello, conforme a la LGCA, los objetivos generales de servicio público deben estipularse normativamente para un periodo de nueve años, y luego desarrollarse y concretarse para cada uno de los canales mediante la suscripción por las Comunidades Autónomas de los correspondientes contratos programas, identificándose de manera expresa los contenidos de servicio público. Esta concreción en contratos-programa de los contenidos que constituyen servicio público, que no siempre se cumple, resulta especialmente relevante para evitar concesiones de ayudas públicas a las televisiones autonómicas contrarias a la libre competencia.

El artículo 42 de la LGCA exige además, siguiendo las directrices comunitarias, que la gestión de los prestadores de servicio público de comunicación audiovisual de titularidad pública se realice conforme a criterios de transparencia empresarial. Se trata éste de un requisito fundamental para verificar que realmente los recursos públicos asignados se destinan a las misiones de interés general que justifican su otorgamiento y no al desarrollo de programaciones que no tienen ningún valor de servicio público y resultan perfectamente asimilables a las que ofrece la televisión comercial, justamente merecedoras en algunos casos del

calificativo de "programas basura". Las reglas de transparencia se imponen también a los gestores privados del servicio público por aplicación de la regulación de la financiación del servicio público de comunicación audiovisual contenida en el artículo 43 de la LGCA.

4. Se establecen obligaciones de carácter financiero para los prestadores públicos autonómicos

Por último, con el fin de garantizar la adecuación de la actividad de los prestadores públicos autonómicos al marco de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Económica, se les imponen una serie de obligaciones financieras, que incluyen: (i) la fijación de un límite de gasto máximo anual que no podrá rebasarse; (ii) la referencia expresa al cumplimiento del equilibrio y sostenibilidad financieros en la memoria y el informe de cuentas anuales; (iii) la necesidad, en caso de desequilibrio financiero, de presentar una propuesta de reducción de gastos para el ejercicio siguiente igual a la pérdida o el déficit generado (a cuya puesta en marcha se supedita cualquier financiación pública); y (iv) el establecimiento por las Comunidades Autónomas de sistemas de control, incluidas auditorías operativas, que permitan la adecuada supervisión financiera de estos operadores.