

INFORME 36/2012

RELATIVO A LOS ASPECTOS
LEGALES DE LA FINANCIACIÓN DE
Los Servicios Públicos Audiovisuales

La radio
Canarias



C/Valentín Sanz, 13. 38002. S/C de Tenerife
Tfnos.: 922.29.30.29 (4 líneas). Fax: 922.53.13.50.
www.mymabogados.com Email: mym@mymabogados.com

CIF: J-38460408

a. Antecedentes

Se nos han planteado la posibilidad de financiación con publicidad de la Radio Autónoma de Canarias

b. Legislación aplicable

- Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Decreto 80/2010, de 8 de julio, sobre servicios de comunicación audiovisual (Canarias).
- Decreto 53/2012, de 17 de abril, del Presidente, por el que se determina la organización y el funcionamiento del Registro canario de prestadores del servicio de comunicación audiovisual y se crea el correspondiente fichero de datos.
- Decreto 153/2001, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Ente Público Radiotelevisión Canaria (B.O.C. 104, de 10.8.2001).
- Decisión del órgano de Vigilancia de Asociación Europea de Libre Competencia AELC nº 35/10/Col de N de 3 de febrero de 2010 por la que se modifican, por octogésima vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (Diario Oficial de la Unión Europea: 11 de mayo de 2012, Núm. 124)

c. Marco Jurídico

El Título IV de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), se ocupa de los operadores Públicos , poniendo al día nuestra normativa con las Directivas, Comunicaciones, Decisiones y Recomendaciones de las instituciones europeas sobre los servicios públicos de radiodifusión y la compatibilidad de su

financiación con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en lo relativo a ayudas estatales y a la contabilización del coste neto del servicio público así como a la posibilidad de crear fondos de reserva; a la necesidad de evaluación previa sobre incidencia en el mercado audiovisual ante la introducción de nuevos servicios y, finalmente al control por organismos reguladores independientes del cumplimiento de la misión de servicio público encomendado.

Desplazándonos exclusivamente al ámbito autonómico la LGCA establece unas reglas de juego distintas a las que establecieron las normas que dieron pie al desarrollo de las televisiones y radios autonómicas. Particularmente la Ley 46/1983 , del Tercer Canal.

La LGCA determina que la financiación pública no podrá sostener actividades ni contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público. En tal sentido la propia Ley define de forma amplísima lo que ha de considerarse dentro de la función de servicio público, por que luego de conceptualizarlo como aquel que tiene la misión 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....”*, viene a determinar que para el desarrollo de tal misión que los operadores públicos tendrán *“...por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio, televisión y servicios de información en línea con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros, destinadas a satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad y a preservar el pluralismo en los medios de comunicación”*. Vamos, que realmente apenas existe limitación al contenido que puede entenderse como de “servicio público”, salvo las explícitamente referidas a, por ejemplo, de la publicidad, el comercio electrónico, la televenta, el uso de números de teléfono especiales en juegos con premio¹, el patrocinio o la comercialización. Así se ha señalado en Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 35/10/COL, de 3 de febrero de 2010, por la que se modifican, por octogésima vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión.

La LGCA establece en su artículo 41 que los objetivos generales de la función de servicio público se establecerán normativamente para un periodo de nueve años. Su desarrollo y concreción para todos y cada uno de sus canales, se llevará a cabo para plazos inferiores, mediante la suscripción por el Estado y las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos de competencia, de los correspondientes contratos programa.

¹ Asunto C-195/06 Österreichischer Rundfunk (ORF), Rec. 2007, p. I-8817

d. La realidad de los hechos

Hasta donde sabemos podría entenderse que el ente RTVC tiene establecidos normativamente los objetivos generales de la función de servicio público en el artículo 3 del Capítulo Primero del Título Primero sobre “Régimen de los servicios de Radiodifusión y Televisión de la Comunidad Autónoma) de la Ley de Radiodifusión y Televisión Canaria, Ley 8/1984, aprobada por el Parlamento canario en diciembre de 1984: “La actividad de los servicios de radiodifusión y televisión dependientes de la Comunidad Autónoma se inspirará en los siguientes principios:

- a) Objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones.
- b) Libertad de expresión de opiniones con respeto a los derechos y deberes fundamentales, y especialmente, al derecho al honor, a la intimidad personal, y a la propia imagen.
- c) La separación entre informaciones y opiniones, la identificación de quienes sustentan estas últimas y su libre expresión, dentro de los límites del artículo 20, apartado 4, de la Constitución.
- d) Acceso a los medios de los grupos sociales y políticos representativos, respetando el pluralismo político, religioso, social y cultural de la sociedad canaria.
- e) Promoción de la cultura y de la educación.
- f) Protección de la juventud y de la infancia.
- g) Defensa de la identidad, valores e intereses del pueblo canario, así como la promoción de la convivencia y solidaridad reconocidas en la Constitución y el Estatuto de Autonomía”.

Ahora bien, no nos consta al día de la fecha el desarrollo y concreción de tales principios en contrato programa alguno, en los que, tal y como expresa la Ley deberán identificarse identificándose de manera expresa los contenidos de servicio público, en particular habrán de concretarse los porcentajes de géneros de programación, que deban emitirse en los canales gestionados por un mismo prestador.

En este sentido, hemos encontrado alguna referencia a algún contrato programa entre el Por ejemplo La Ley 6/2000 de 4 de Diciembre que aprobaba un suplemento de crédito y los importes a transferir a Radiotelevisión Canaria para cumplir los requerimientos del Contrato-programa que tiene la misma con la "Televisión Pública de Canarias, Sociedad Anónima", y dirigidos a cubrir los gastos ocasionados a la empresa y no satisfechos por el Gobierno de Canarias en concepto de Impuesto General Indirecto Canario y actualización por índice de precios, conceptos ambos que están previstos en el citado contrato. Mas al contrario, hemos encontrado en la presa continuas referencias a la opacidad de las cuentas del Ente y de sus sociedades filiales² incluso de miembros del Parlamento de Canarias.

² <http://www.canariasahora.es/noticia/130546/>

El ente público Radio Televisión de Canarias percibirá de los presupuestos autonómicos para el año 2012, la cantidad de 37.002.888 euros En el caso de la Televisión Públicas de Canarias S.A.U.. participada en su totalidad por el ente, las cantidades que aparecen como subvenciones y aportaciones de socios en el cuadro del Plan de Viabilidad para RTVC³ aprobado por Orden del Consejero de Economía y hacienda por Orden de fecha 15 de Mayo de 2012 por el que se aprueba el programa de viabilidad de la empresa publica Televisión Pública de Canarias S.A. Para el año 2012 se transferirán de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias a la Televisión Pública 33.815.723,00 euros En el caso de la Radio Pública de Canarias S.A.U., se el montante total previsto en el presupuesto para el ejercicio 2012 es de 1.940.000 euros Datos obtenidos del documento del Presupuesto autonómico para 2012.⁴

Respecto a las cantidades recibidas por RTVC de los presupuestos de la Comunidad Autónoma, este sería el panorama:

En el caso de la Televisión, las cantidades que aparecen como subvenciones y aportaciones de socios en el cuadro adjunto⁵:

	2008	2009	2010	2011
VENTAS/PRESTACIONES SERVICIO SECTOR PÚBLICO	0	0	0	379.151
VTAS/PRESTACIONES SERVICIO SECTOR PRIVADO	2.439.675	4.991.149	5.558.626	4.602.741
SUBVENCIONES ESPECÍFICAS	2.000.000	2.200.000	5.500.000	1.600.000
APROVISIONAMIENTOS	45.939.781	47.331.500	41.127.229	37.320.103
GASTOS DE PERSONAL	2.831.409	3.301.676	3.413.891	3.292.542
OTROS GASTOS DE EXPLOTACIÓN	11.183.316	9.158.270	9.813.372	6.952.254
RESULTADO CONTABLE	-54.817.247	-52.797.589	-43.173.646	-40.869.782
APORTACIONES DE SOCIOS	54.817.247	52.797.589	43.173.646	33.177.924
SUBVENCIONES DE CAPITAL	633.000	238.944	200.000	100.000

En el caso de la Radio Pública de Canarias S.A.U., se el montante total previsto en el presupuesto para el ejercicio 2012 es de 1.940.000 euros⁶

La Ley en su artículo 42.2 impone que la gestión de los prestadores de servicio público de comunicación audiovisual de titularidad pública deberá realizarse conforme a

<http://www.elblogoferoz.com/2012/06/20/sin-categorizar/el-pp-acusa-a-rtvc-de-ocultar-los-sueldos-reales-de-sus-altos-cargos/>

³ http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15693/1327393Plan_de_Viabilidad_de_RTVAC.pdf

⁵ Datos obtenidos del Plan de Viabilidad para RTVC

http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15693/1327393-Plan_de_Viabilidad_de_RTVAC.pdf aprobado por Orden del Consejero de Economía y hacienda por Orden de fecha 15 de Mayo de 2012 por el que se aprueba el programa de viabilidad de la empresa publica Televisión Pública de Canarias S.A.

⁶ Datos obtenidos del documento del Presupuesto autonómico para 2012:

http://www2.gobiernodecanarias.org/hacienda/dgplani/presupuestos/index_2012.jsp

criterios de transparencia empresarial. Esta circunstancia tiene su relevancia porque la propia Ley prohíbe que la financiación pública no podrá sostener actividades ni contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público, obligando a que “al desarrollar los objetivos generales de la función de servicio público por cada autoridad competente, se determinarán las reglas para establecer el coste neto de su cumplimiento y para obtener la compensación a que haya lugar, así como su devolución cuando sea excesiva. Dichos criterios deberán ser concretados en el correspondiente acto de encomienda de la gestión del servicio público.”

Conforme a la LGCA, El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales determinarán normativamente, para su ámbito de competencia, el sistema de financiación de su servicio público de comunicación audiovisual. Dicho sistema deberá ser compatible con la normativa vigente en materia de competencia.

Desde nuestro punto de vista, en esta necesidad de que el sistema sea compatible con la normativa vigente en materia de competencia está la madre del cordero, por decirlo de forma directa, puesto que la Ley de Radiodifusión y Televisión Canaria Ley 8/1984, contempla la posibilidad de que tanto la radio como la televisión puedan ser financiadas con publicidad⁷ y esa posibilidad obliga ineludiblemente a la transparencia.

e. UE y las ayudas de estado

La financiación pública de organismos públicos de radiodifusión se considera generalmente como una ayuda estatal. Sin embargo, la existencia de ayudas estatales deberá determinarse individualmente, teniendo especialmente en cuenta las características específicas de la financiación y la jurisprudencia del TJE. Desde esta perspectiva, no debemos perder de vista dos referencias. La primera es la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (Texto pertinente a efectos del EEE) [Diario Oficial C 320 de 15.11.2001], la segunda que concreta y especifica la anterior, la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 35/10/COL, de 3 de febrero de 2010, por la que se modifican, por octogésima vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión⁸.

⁷ **Artículo 42.**

1.- RTVC se financiará con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma y mediante los ingresos y rendimientos de las actividades que realice.

2.- La financiación del funcionamiento efectivo de los servicios públicos de radiodifusión y televisión se hará mediante subvenciones consignadas en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, la comercialización y venta de sus productos y la participación en el mercado de la publicidad.

⁸ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2012-80845

De conformidad con el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, el concepto de ayuda estatal incluye las siguientes condiciones: a) debe existir una intervención del Estado o mediante fondos estatales; b) la intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre las Partes contratantes; c) debe conferir una ventaja a su beneficiario; y d) debe falsear o amenazar falsear la competencia.

Tal y como ha manifestado el Tribunal de Justicia: «Cuando una ayuda concedida por un Estado o mediante fondos estatales refuerza la posición de una empresa en relación con otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios, debe considerarse que la ayuda afecta a estas últimas» .

Por lo que respecta a la existencia de una ventaja, el Tribunal de Justicia aclaró en el asunto Altmark que una compensación por servicio público no constituye ayuda estatal siempre que se cumplan cuatro condiciones acumulativas. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas. Esta condición, podría entenderse satisfecha en el caso de la RTVC con el contenido de la Ley 8/1984. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. En último lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar las obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones. Precisamente la opacidad en las cuentas del ente RTVE y las sociedades participadas, entendida como el incumplimiento de las obligaciones que le vienen impuestas por su condición de beneficiaria de fondos públicos para la prestación de un servicio público, impide la verificación de tales cantidades. La consecuencia será incluirlas dentro del concepto de ayudas de estado no incluidas en las excepciones permitidas.

En virtud de la Directiva 2006/111/CE (Directiva sobre transparencia), los Estados miembros deben adoptar medidas de transparencia en toda empresa titular de derechos especiales o exclusivos, o encargada de un servicio de interés económico general, que reciba una compensación por servicio público en cualquiera de sus formas relacionada con dicho servicio y que realice otras actividades, es decir actividades que no son de servicio público. Estos requisitos de transparencia son: a) las cuentas internas correspondientes a las distintas actividades, es decir a las que son de servicio público y las que no lo son, deben llevarse por separado; b) todos los costes e ingresos se deben asignar o distribuir correctamente sobre la base de principios de contabilidad de costes aplicados de forma coherente y objetivamente justificable; y c)

se deben establecer claramente los principios de contabilidad de costes con arreglo a los cuales deban llevarse las cuentas separadas.

f. Transparencia en la LGCA

Nuestra LGCA establece al respecto que la financiación pública que exceda del coste neto del servicio habrá de reembolsarse o se minorará de la compensación presupuestada para el ejercicio siguiente. Con el fin de cuantificar el coste neto del servicio público de comunicación audiovisual, los prestadores de este servicio deben disponer de separación de cuentas por actividades así como llevar un sistema de contabilidad analítica que separe la imputación de ingresos y costes de la actividad de servicio público, de los contenidos comerciales y de las restantes actividades. Igualmente, los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual deberán proceder progresivamente a la separación estructural de sus actividades para garantizar los precios de transferencia y el respeto a las condiciones de mercado. Todo ello conforme a lo dispuesto en la [Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia](#).

El coste neto será la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora de servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones.

En los ingresos, deberá constar información detallada de las fuentes y cuantía de los derivados de las actividades de servicio público y de los que no lo son.

En los costes, se considerarán sólo los gastos contraídos en la gestión del servicio público. Los costes derivados de actividades que no son servicio público deberán identificarse claramente y contabilizarse por separado. Los costes destinados simultáneamente a desarrollar actividades de servicio público y las que no lo son se asignarán proporcionalmente. Los que sean atribuibles en su totalidad a actividades de servicio público, pero que beneficien a actividades que no lo son, se asignarán íntegramente a la actividad de servicio público. Por último nuestra LGCA establece que los prestadores de servicios públicos de comunicación audiovisual **no podrán subcotizar los precios de su oferta comercial y de servicios** ni utilizar la compensación pública para sobrepajar frente a competidores privados por derechos de emisión sobre contenidos de gran valor en el mercado audiovisual. Un organismo público de radiodifusión podría tener la tentación de bajar los precios de la publicidad o de otras actividades que no son de servicio público (tales como los servicios comerciales de pago) por debajo de lo que razonablemente se puede considerar ajustado a las condiciones del mercado, para reducir los ingresos de los competidores, en la medida en que los ingresos inferiores resultantes estén cubiertos por la compensación pública. Tal conducta no puede considerarse intrínseca a la misión de servicio público encomendada al organismo de radiodifusión, y en cualquier caso afectaría a las condiciones del comercio y de la competencia en el Espacio Económico Europeo en un grado que sería contrario al interés común e infringiría por lo tanto el artículo 59, apartado 2, del Acuerdo EEE. No obstante, debe evaluarse caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades del mercado y del servicio en cuestión.

Por último, conforme a la LGCA, corresponde a las Cortes Generales, los Parlamentos autonómicos, las autoridades audiovisuales competentes y, en su caso, a los órganos de gobierno local, el control de la gestión y del cumplimiento de la función de servicio público.

Al desarrollar los objetivos generales de la función de servicio público por cada autoridad competente, se determinarán las reglas para establecer el coste neto de su cumplimiento y para obtener la compensación a que haya lugar, así como su devolución cuando sea excesiva. Dichos criterios deberán ser concretados en el correspondiente acto de encomienda de la gestión del servicio público. En el caso de Canarias, el control de la gestión y del cumplimiento de las funciones de servicio público y la puesta en relación de éstas con los fondos transferidos está limitado a las comparecencias del Director del ente ante la correspondiente comisión parlamentaria. Anualmente se aprueban los presupuestos sin que el propio Parlamento que los aprueba exija el cumplimiento de la LGCA en lo que atañe a las subvenciones y transferencias que hayan de percibir el ente y sus sociedades.

Conclusiones

1ª Es posible que la Radio Pública de Canarias pueda financiarse con publicidad adoptando un modelo mixto de financiación.

2ª Si la oferta de publicidad se hiciera subcotizando precios de forma directa o indirecta abusando de su situación de dominio en el mercado autonómico, las transferencias de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma podrían ser considerados “ayudas de estado” incompatibles con la normativa europea y fundamentar por sí misma una denuncia ante las autoridades españolas o europeas en materia de competencia.

3ª Sin perjuicio de lo señalado, la Ausencia de transparencia en la gestión y el incumplimiento de los preceptos de la LGCA en relación al entre RTVC y sus entidades mercantiles vinculadas, TELEVISION DE CANARIAS S.A. y RADIO DE CANARIAS S.A., impide el control de los gastos e ingresos desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones específicas que le vienen impuestas por la LGCA por ser receptor de fondos públicos para la realización de una función pública, y por lo tanto, conocer en qué medida se está utilizando dinero público para actividades que no pueden ser consideradas de servicio público de radiodifusión.

Entre los criterios que utiliza la DG IV (competencia) para evaluar si una cadena pública vulnera la libre competencia figura el de asegurar la transparencia (financiera), aparte de los criterios de comprobar si existe una ley que fije las obligaciones de la cadena en su misión de servicio público, de evaluar hasta qué punto se ofrece servicio público y de determinar si las subvenciones pueden ser toleradas y examinar si la financiación pública es proporcional a los costes empleados por la cadena para cumplir su función pública.

4º En el caso de la Televisión, por lo señalado a lo largo de este informe procedería, en su caso, plantear una denuncia ante la Comisión Europea en el entendimiento que las transferencias desde los presupuestos públicos como ayudas de estado perjudican la competencia entre los diferentes operadores televisivos en el ámbito territorial de Canarias, dado que no es posible verificar en qué medida las transferencias que percibe tienen como destino el cumplimiento estricto de las obligaciones de servicio público. En el caso de la radio, entendemos que independientemente de que se adoptara o no el modelo mixto de financiación estaríamos ante el mismo supuesto dado que al no existir contrato programa, reiteramos se desconoce en qué medida los fondos transferidos desde los presupuestos públicos responden al cumplimiento de las obligaciones de servicio público que autorizarían el que las mismas no sean consideradas “Ayudas de Estado” prohibidas.

En Santa Cruz de Tenerife a 6 de Junio de 2012

Juan Carlos García Melián

Abogado