

LA DOBLE FINANCIACION DE LAS TELEVISIONES PUBLICAS EN ESPAÑA DESDE LA OPTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

FERNANDO FALCÓN Y TELLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MODELO DE FINANCIACIÓN DE LAS TELEVISIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: 1. Televisión Española, S. A. (TVE). 2. Breve referencia a las televisiones autonómicas.- III. EL PROBLEMA DE SU FINANCIACIÓN PRIVILEGIADA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: 1. La inexistencia en España de una clara separación de funciones entre la televisión pública y la privada. 2. Respuestas desde el Derecho comunitario: a) Planteamiento general. b) La noción de ayuda estatal. c) Posibles excepciones. 3. Respuestas desde el Derecho interno: a) La insuficiente regulación contenida en la LDC. b) La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993.- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

Con la irrupción de la televisión en el mundo de los medios de comunicación social, surgieron dos modelos distintos, incluso contradictorios, de concebir la estructura de la gestión y de los contenidos del nuevo medio. El modelo *norteamericano* -primero en el tiempo- entendía que la televisión debía configurarse, al igual que la prensa y la radio, como una empresa privada y orientarse, por tanto, a la consecución de fines mercantiles. De este modo, el objeto de la televisión sería la obtención, mediante la difusión de programas informativos y de entretenimiento, de la audiencia suficiente como para captar la atención de la publicidad comercial, pieza indispensable para conseguir los recursos económicos necesarios para la explotación de la empresa, la amortización de las inversiones realizadas y la obtención de beneficios.

En los años cincuenta surgió en Europa un segundo modelo, la denominada *doctrina europea de la televisión*, por la que este medio adquirió el carácter de servicio público, encomendándose su gestión a un organismo, en

principio monopolístico (1) e integrado en el poder ejecutivo o intervenido por él. Desde esta nueva perspectiva, la misión de la televisión sería, además de la información y el entretenimiento, la de contribuir a la cultura de los telespectadores.

En la actualidad, atendiendo a la naturaleza de sus recursos financieros, existen en Europa dos modelos de financiación claramente diferenciados: por un lado, el de aquellas televisiones públicas que se financian exclusivamente a través de tasas sobre los receptores (2); por otro, un sistema de financiación mixta, en el que se combinan a la vez ingresos públicos y publicitarios. Ahora bien, el sistema mixto varía lógicamente según predominen los primeros o los segundos. Así, en la República Federal de Alemania (3) e Italia (4)

(1) La ruptura de estas regulaciones monopolísticas no ha tenido lugar, como es sabido, hasta el último tercio de este siglo. Sobre la caída de los monopolios públicos y la formación del mercado europeo de la televisión, *vid.* por todos, MUÑOZ MACHADO, S., *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 17 a 41.

(2) En el Reino Unido, la BBC se financia exclusivamente mediante una tasa anual, introducida por la *Wireless Telegraphy Act* de 1949, que se impone sobre los aparatos de televisión. En 1990, alrededor de 18 millones de hogares pagaron 71 libras cada uno por una licencia de televisión en color y a 1,7 millones de familias les costó 24 libras una licencia en blanco y negro. Así, un total de 19,6 millones de hogares aportaron 1.237 millones de libras en concepto de tasas. Tres años después, la tasa ascendió a 83 libras para los televisores en color y a 27 para los que no lo fueran. No obstante, el sistema de tasas sobre los receptores es objeto de un amplio debate en la actualidad, aunque por el momento se mantiene al rechazarse otras formas de financiación, como las subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o la publicidad. *Vid.* KINCHIN SMITH, M., "The BBC: a pioneer Public Corporation", en *Public Administration*, núm. 56, 1978, págs. 25 y ss.; LAGUNA DE PAZ, J. C., *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 313 y 314; DAVID LOWEN, "Financiación de la televisión en el Reino Unido", en *Financiación y publicidad de las radiotelevisiónes públicas y privadas*, RTVV, Valencia, 1991, págs. 258 y ss.; y ESTEVE PARDO, J., *Régimen Jurídico-Administrativo de la televisión*, INAP, Madrid, 1984, págs. 63 y ss.

(3) En la RFA también se rechaza la vía presupuestaria, procediendo la fuente predominante de ingresos de tasas públicas, que deben satisfacer todas aquellas personas que estén en posesión de un aparato receptor de televisión, con independencia de si lo usan o no. Dichas tasas llegan a financiar alrededor del 70 por 100 de la actividad televisiva pública, mientras que los ingresos publicitarios, si bien constituyen un componente destacado, sólo suponen para la ARD el 20 por 100 de sus ingresos totales, llegando al 40 por 100 en la ZDF.

Este tipo de financiación se configura como un medio adecuado para garantizar dos objetivos de gran importancia desde el punto de vista de las funciones que debe llevar a cabo una televisión pública: en primer lugar, suprime la mediatización de la programación que implica la financiación a través de ingresos publicitarios, al exigir éstos altos niveles de audiencia, lográndose así un pluralismo que sería muy difícil obtener de otra forma; y, en segundo término, posibilita la autonomía financiera y, en consecuencia, la independencia de la televisión frente al Estado. Así, este modelo permite a las televisiones públicas cumplir la función de la prestación fundamental de televisión -la *Grundversorgung*- que el Tribunal Constitucional alemán y los acuerdos interestatales le han encomendado y les obliga a orientar su actividad a la consecución

la financiación es fundamentalmente pública, aunque eventualmente estará complementada con ingresos publicitarios. Por el contrario, la fuente principal de financiación en Francia (5) son los ingresos comerciales, si bien no es la única.

En España, la todavía vigente Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión (en lo sucesivo, ERTV), que supone la primera re-

de los fines que legalmente tienen atribuidos, justificándose así su financiación privilegiada. *Vid.* sobre este particular y acerca de la problemática que plantea la fijación de la tasa de televisión, LAGUNA DE PAZ, J. C., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 317 y ss.

Sin embargo, las tasas no son suficientes para poder garantizar el cumplimiento de las funciones asignadas, por lo que los ingresos comerciales se presentan como un complemento relevante e indispensable. Pese a ello, no han faltado críticas al mantenimiento del actual porcentaje de financiación de la televisión pública mediante ingresos publicitarios. *Vid.* por todos GEIGER, "Verfassungsrechtliche Grundlagen der neuen Rundfunkordnung", *Archiv für Presserecht*, 1984, págs. 136 y ss. (citado por el profesor LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pág. 320), que señala dos razones fundamentales para la contención de los ingresos publicitarios: la primera, el importante condicionamiento de la programación que puede representar la publicidad; y la segunda, la incidencia negativa que la concurrencia publicitaria de los entes públicos puede tener en la televisión privada, a la que hay que garantizar no sólo suficiente capacidad de emisión, sino también adecuadas fuentes financieras. No obstante, la específica regulación de la publicidad comercial, sensible a estas críticas, establece una serie de limitaciones a la financiación publicitaria de las cadenas públicas. Limitaciones que sólo serán aplicables, en su caso, en la medida en que los entes públicos de televisión tengan asegurada su financiación gracias a las referidas tasas.

(4) En Italia, el sistema mixto de financiación de la RAI no difiere excesivamente del modelo alemán, puesto que entre el 60 y el 70 por 100 de sus ingresos totales proceden también de la tasa de televisión.

(5) El carácter mixto preside igualmente la financiación de la televisión pública francesa: por un lado, están los recursos públicos, constituidos por una tasa parafiscal -que se exige a los poseedores de aparatos de televisión- y por determinadas contraprestaciones establecidas en los convenios firmados por algunas cadenas -Antenne 2 y FR 3- con el Estado para la emisión de programas de interés cultural y educativo; y, por otro lado, la publicidad y, en menor medida, los recursos comerciales, que surgen de sus propias actividades, como la venta de programas. Ahora bien, los recursos publicitarios, que originariamente se habían concebido como un mero complemento financiero para el sector público, configuran en la actualidad la fuente principal de financiación de las cadenas públicas, que pasan así a competir abiertamente por los índices de audiencia con las privadas. En 1986, Antenne 2 y FR 3 se financiaron en un 60 por 100 y en un 57 por 100, respectivamente, a través de recursos publicitarios. En 1988, estas dos cadenas juntas se financiaron en un 39 por 100 con la publicidad. Esta cifra bajó hasta un 34 por 100 en 1990, y fue sólo de un 28 por ciento en 1991, año en que los ingresos publicitarios bajaron por primera vez no sólo en términos relativos, sino también en valores absolutos. La financiación gubernamental aumentó en casi 459 millones de francos, mientras el total de ingresos publicitarios autorizados disminuyó en 280 millones de francos, en términos reales. Mirando sólo a Antenne 2, las cifras bajaron del 54 por 100 en 1990 al 41 por 100 en 1991, dándose una caída de los ingresos publicitarios de 350 millones de francos en comparación con el año anterior. *Vid.* JEAN SUHAS, "Publicidad y financiación en Francia", en *Financiación y publicidad...*, *op. cit.*, págs. 264 y ss.; y LAGUNA DE PAZ, J. C., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 324 y ss.

gulación detallada de la televisión (6), sigue declarando que “la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado” (7) (art. 1.2). Debido al carácter escasamente aperturista del ERTV, que no contiene referencia alguna a la gestión privada de la televisión (8) ni a la ya entonces constitucionalizada libertad de empresa, el debate constitucional no tardó, como es sabido, demasiado tiempo en suscitarse (9). Finalmente (10), la Ley Orgánica 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (en adelante, LTP) abre la actividad empresarial de la televisión al sector privado, regulando “la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado” (art. 1 LTP) (11).

Pues bien, ante la actual coexistencia de cadenas privadas y públicas en nuestro país parece necesario clarificar las relaciones entre unas y otras, es

(6) Un estudio exhaustivo de los antecedentes legislativos de la televisión en España puede encontrarse en DE LA QUADRA- SALCEDO, T., *El servicio público de la televisión*, IEA, Madrid, 1976, págs. 36 y ss.; y ESTEVE PARDO, J., *Régimen Jurídico-Administrativo ...*, op. cit., págs. 239 y ss.

(7) Sobre la televisión como servicio público esencial, vid. por todos, CHINCHILLA MARÍN, C., *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, y “El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?. Reflexiones sobre el caso de la televisión”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 943 y ss.; y GARCÍA LLOVET, E., *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991.

(8) Téngase en cuenta que el art. 2.2 ERTV sólo reconocía a las Comunidades Autónomas la posibilidad de gestionar directamente un canal de televisión, opción materializada a través de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión (en adelante, LTCT).

(9) Cfr. STC 12/1982, de 31 de marzo, 74/1982, de 7 de diciembre, y 106/1986, de 24 de julio. Vid. también, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982; y el comentario a este libro de LÓPEZ RAMÓN, F., *REDA* núm. 37, abril-junio 1983, págs. 306 y ss.

(10) Recuérdese, no obstante, el papel desempeñado por la Ley Orgánica 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que responde -como señala su *Preámbulo*- “a la necesidad de establecer, por primera vez en España, un marco jurídico básico en el que se contengan las líneas maestras a las que ha de ajustarse la prestación de las diversas modalidades de telecomunicación, a la vez que se definan con nitidez las funciones y responsabilidades de la Administración Pública y de los sectores público y privado”.

(11) Vid. STC 127/1994, de 5 de mayo y los interesantes comentarios de GARCIA ROCA, J., “Límites constitucionales al legislador de la televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, (1995), págs. 11 y ss.; SALVADOR CODERCH, P., LLOVERAS I FERRER, M. - R. y SEUBA I TORREBLANCA, J. C., “Del servicio público al servicio de la comunidad”, *RAP* núm. 136 (1995), págs. 69 y ss.; y SANTAOLALLA, F., “Televisión por cable y control de opiniones del legislador (en torno a la STC 31/1994). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994), en *REDC* núm. 41 (1994), págs. 173 y ss.

decir, delimitar la función que corresponde a cada una de ellas. Y es que, como se intentará poner de relieve a lo largo del presente trabajo, la doble financiación de las cadenas públicas de televisión, que combinan ingresos publicitarios con aportaciones públicas, sólo es defendible desde la óptica del Derecho de la competencia en la medida en que los ingresos no comerciales vengan a compensar las funciones de servicio público que las televisiones públicas desarrollen efectivamente (12). Pero vayamos por partes y examinemos, en primer lugar y aunque sea sin descender a un análisis detallado, algunos aspectos concretos del modelo de financiación de las cadenas públicas de televisión en España, así como de su actual situación financiera, para abordar después, por un lado, los problemas que plantea su financiación mixta y, por otro, las respuestas que nos ofrece el Derecho de la competencia, tanto a nivel comunitario como nacional.

II. EL MODELO DE FINANCIACIÓN DE LAS TELEVISIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA

1. *Televisión Española, S. A. (TVE)*

El artículo 32.2.c) ERTV dispone que TVE se financiará “mediante subvenciones consignadas en los Presupuestos Generales del Estado, la comercialización y venta de sus productos, una participación limitada en el mercado de la publicidad y, en su caso, mediante una tasa o canon sobre la tenencia de receptores que inicialmente sólo gravará la de los televisores en color”. Téngase en cuenta, no obstante, que España es uno de los pocos Estados miembros de la Unión Europea que no tiene establecido en la actualidad un canon sobre la tenencia de receptores de televisión, ni es de esperar que sea introducido en un futuro próximo (13).

Del propio tenor literal del precepto anteriormente transcrito parece desprenderse que la financiación de TVE debe apoyarse en las subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (14). Sin embargo, desde el

(12) Vid. en este sentido LAGUNA DE PAZ, J. C., *Régimen jurídico...*, op. cit., págs. 330 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *Público y privado...*, op. cit., págs. 70 y ss., y *El régimen jurídico de la televisión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 29 y ss.; y GAY FUENTES, C., *La televisión ante el Derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 283 y ss.

(13) Vid. nota 26.

(14) En la práctica, no obstante, la financiación de TVE -TVE 1 y La 2- descansa hoy en gran medida en los ingresos publicitarios. Así, TVE contrató en el primer cuatrimestre de 1993 cerca de 26.2000 millones de pesetas, es decir, cerca del 45 por 100 del total de la publicidad te-

año 1983 y hasta 1990 el grupo Radio Televisión Española (en adelante, RTVE), gracias a los ingresos publicitarios y la venta de programas, no recibió subvenciones del Estado para financiar su presupuesto de explotación -que no las importantes y cuantiosas inversiones que el Estado llevó a cabo en el campo audiovisual-, obteniendo incluso beneficios en su cuenta de resultados (15).

En efecto, en 1982 la coincidencia de un considerable crecimiento económico en España, así como de la demanda publicitaria, convirtió a los ingresos publicitarios en fuente de financiación suficiente para que la RTVE afrontara la totalidad de sus gastos presupuestarios (16). Cuando en 1983 aparecieron en el mercado las cadenas de televisión autonómicas (17) su escasa dimensión las hizo incapaces de competir de modo inmediato con el gigante empresarial que era -y sigue siendo en la actualidad- TVE. Por ello, la participación de las televisiones autonómicas en el mercado publicitario sería escasa a principios de la década de los años 80, afrontando su financiación, como se verá, fundamentalmente en base a subvenciones públicas (18). No obstante, a medida que las cadenas autonómicas se fueron consolidando -consolidación que tiene lugar, sobre todo, a partir de la creación de la Federación de Organismos y Entidades de Radio y Televisión Autonómicas (en lo sucesivo, FORTA) (19) y, de forma definitiva, con la irrupción de las televisiones privadas, el gigante comenzó a ceder cuota de mercado, de espectadores, de publicidad y de influencia (20).

levisiva. Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, A., "Evolución de la publicidad en televisión: saturación e inversión", en *Audiencia y Programación*, Ente público RTVV, Valencia, 1993, pág. 265. Según un estudio hecho público por la empresa Central Media, durante el tercer trimestre de 1995 TVE 1 ha venido incluyendo una media de 59 minutos de anuncios cada día, lo que supone 174 anuncios diarios.

(15) Durante este período RTVE soportó todos los gastos derivados de la explotación de Radio Nacional de España (RNE) y de Radio Cadena Española (RCE), fusionada con RNE desde el 1 de enero de 1989, así como los gastos de la Orquesta y Coro de RTVE y del Instituto Oficial de RTV, servicios, todos ellos, deficitarios, y además generó importantes excedentes de tesorería. Vid. exposición de motivos del Real Decreto-ley 12/1993, de 2 de julio (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1993).

(16) Vid. el ilustrativo Informe del Tribunal de Cuentas sobre la fiscalización de RTVE (BOE, Suplemento del núm. 112, 10 de mayo de 1991).

(17) El comienzo de las emisiones de la Televisión Vasca se cifra en el 31 de diciembre de 1982.

(18) Las subvenciones recibidas por las radiotelevisiones autonómicas durante el decenio que va de 1983 a 1992 se estima que alcanzaron los 354.000 millones de pesetas.

(19) La asociación de las televisiones autonómicas en la FORTA permite la adquisición de importantes "paquetes" de producciones pudiendo actuar en los mercados internacionales como un gran comprador, consiguiendo unas condiciones en relación a los precios más beneficiosas.

(20) Vid. LINDE PANIAGUA, E., "La financiación de las radiotelevisiones y la publicidad", en *Financiación y publicidad...*, op. cit., pág. 15.

A partir de 1990, la definitiva ruptura del monopolio en el mercado publicitario de televisión y la fragmentación de la audiencia ante la implantación de las televisiones privadas, trae consigo: por un lado, la reducción de los ingresos publicitarios de Televisión Española (21); y, por otra parte, el encarecimiento de los costes de producción y adquisición de programas, así como de la contratación de bienes y servicios. Esta nueva situación ocasiona -como señala la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 12/1993, de 2 de julio- que la cuenta de resultados del grupo RTVE registre pérdidas, enjugadas, en el citado año, con los excedentes de tesorería generados en años precedentes, necesitando recurrir, a partir de 1991, al endeudamiento para cubrir sus déficit de explotación y de capital.

La situación financiera creada en RTVE, consecuencia directa de las circunstancias descritas anteriormente, y la existencia de un mercado cada vez más competitivo ocasionaron una alarmante caída de los ingresos en el último trimestre de 1992 (22), así como un nuevo incremento de los costes de contratación de programas, profesionales, películas y derechos audiovisuales (23), teniendo lugar, en consecuencia, una sustancial disminución de la capacidad financiera de RTVE.

Con la finalidad de dar una solución a la difícil situación en que se encontraba RTVE, el Gobierno dictó el Real Decreto-ley 12/1993, de 2 de ju-

(21) En 1990, el mercado publicitario -que venía explotando prácticamente en exclusiva TVE- no es suficiente, pese a su crecimiento sostenido, para todos los operadores televisivos. Por tanto, el reparto de los ingresos derivados de la publicidad televisiva, trae consigo la consiguiente reducción de los ingresos publicitarios de TVE. Y es que teniendo en cuenta, por un lado, la inversión publicitaria (que para la televisión fue de unos 248.000 millones de pesetas -del total de 1 billón 75.000 millones de pesetas que supuso la completa inversión publicitaria en los medios de comunicación en 1990-) y, por el otro, los presupuestos de las radiotelevisiones públicas -estatal y autonómicas-, que preveían en ese mismo ejercicio alrededor de 310.000 millones de pesetas en gastos (216.000 millones de RTVE y 94.000 millones del conjunto de las autonómicas), no resulta difícil comprender que los referidos ingresos publicitarios, aún sin contar con las televisiones privadas, no eran ya suficientes para financiar a las televisiones públicas. Cfr. LINDE PANIAGUA, E., "La financiación...", op. cit., pág. 16.

(22) El informe anual del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1992 señala que TVE presentó balances inflados en unos 10.375 millones de pesetas por utilizar precios distintos a los del mercado. Las palabras exactas del Tribunal sobre este asunto son las siguientes: "La sociedad TVE debería haber disminuido sus ingresos, al menos, en 10.375 millones". Con este proceder, TVE intentaba disimular la reducción de ingresos publicitarios, motivada por los descensos en sus cuotas de audiencia. Por otro lado, el informe también censura que las pérdidas de explotación de RNE ascendieran en el año indicado a 7.801 millones, frente a los 4.412 millones del ejercicio anterior.

(23) En este sentido, también es necesario tener en cuenta las graves irregularidades recientemente detectadas por el Tribunal de Cuentas en su Informe de fiscalización de las cuentas de TVE relativo a los ejercicios 1992 y 1993. A lo largo de su Informe, de 179 páginas, el supremo órgano fiscalizador de los caudales públicos enumera y analiza una serie de irregularidades en la gestión de TVE, que van desde los "contratos blindados" a presentadores y productoras de pro-

lio, por el que se concedía un crédito extraordinario por importe de 31.804 millones de pesetas y se autorizaba (24) a concertar operaciones de crédito a RTVE y a sus sociedades estatales, incrementando la autorización prevista en la cantidad de 44.275 millones de pesetas, lo que suponía un montante global de operaciones de crédito autorizadas para 1993 en el citado Ente público y sus sociedades de 92.078 millones de pesetas.

En 1995, ante el alto endeudamiento de RTVE en los últimos años (25) y la inexistencia de otras salidas (26), el Director General el Ente Público presenta al Consejo de Administración de RTVE un Plan Estratégico para los próximos cuatro años. Dicho Plan, que finalmente no fue aprobado, contemplaba como ejes básicos la asunción por parte del Estado de los 245.917 millones de deuda reconocida, además de una subvención anual siempre superior a los 80.000 millones de pesetas (27). Y es que, como señalaban las propias conclusiones del Plan Estratégico, la viabilidad de RTVE exigía,

gramas, hasta la duración y demás condiciones estipuladas en determinados contratos firmados con una serie de clubs o federaciones deportivas (siendo especialmente significativo el contrato con Dorna para adquirir los derechos del Real Madrid en competiciones europeas), pasando por la adquisición desmesurada de programas y películas sin tener en cuenta las necesidades de la cadena pública o la deficiente gestión en el proceso contable de los ingresos publicitarios. El Tribunal de Cuentas también detecta una operación de "maquillaje" en las cuentas de TVE, que no computó como pérdidas en los referidos ejercicios una cifra cercana a los 68.000 millones de pesetas, puesto que los 2.270 millones de pesetas de beneficios consignados en 1992 eran en realidad alrededor de 12.954 millones de pesetas de pérdidas y los 2.450 millones de pesetas que en 1993 se contabilizaron como pérdidas razonables suponía realmente pérdidas cercanas a los 54.400 millones de pesetas.

(24) Modificando el Anexo III -"Operaciones de crédito autorizadas a Organismos Autónomos y Entes Públicos"- de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

(25) El propio Plan Estratégico de RTVE para 1995-1999 reconocía que el endeudamiento del Ente Público alcanzaba los 245.917 millones de pesetas. Según los datos recogidos en el Libro Estadístico del Observatorio Europeo del Audiovisual, RTVE fue la televisión pública que sufrió mayores pérdidas en 1994, superando los 91.000 millones de pesetas.

(26) En RTVE se estima poco factible la imposición de un canon, debido a las tendencias liberalizadoras que marca Europa en este sector, ante la caída de los monopolios televisivos y el establecimiento de las televisiones privadas. Y es que, lógicamente, resulta complicado conseguir que la gente pague por ver la televisión estatal cuando las cadenas privadas ofrecen gratis programas similares.

(27) Aportaciones de financiación pública que se preveían en el Plan Estratégico:

Subvención de explotación	Asunción de deuda	Subvención de capital
1995	26.300	90.693
1996	106.715	61.479
1997	97.437	61.479
1998	85.474	61.479
1999	79.821	61.479
2000	80.000	61.479
		1.000

(Cifras en millones de pesetas. Fuente: RTVE)

como primeras medidas, la financiación mixta del grupo (28), la reducción de costes mediante una disminución de la plantilla (29) y una política de contención del gasto.

En marzo de 1996, RTVE ha efectuado una emisión de bonos por importe de 20.000 millones de pesetas, destinada a financiar actividades del grupo en el presente ejercicio, operación que se realiza al amparo del R. D. Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia financiera, que autoriza al Ente Público a endeudarse en 1996 por una cantidad límite de 90.693 millones de pesetas.

2. Breve referencia a las televisiones autonómicas

El art. 17 de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión (en adelante, LTCT) concreta como fuentes de financiación de las televisiones autonómicas, por un lado, las subvenciones consignadas en los presupuestos de sus respectivas Comunidades Autónomas y, por otro, los ingresos obtenidos de la explotación de sus actividades propias -la publicidad y la venta de sus productos-. Por tanto, las televisiones regionales disponen de las mismas fuentes legales de financiación que tiene TVE si se exceptúa el canon o tasa de recepción que, como se ha señalado, nunca fue regulado en España, ni es de esperar que lo sea en un futuro próximo.

Por su parte, las leyes de creación de las televisiones autonómicas que operan en la actualidad, al regular los presupuestos y financiación, se refieren, con mayor o menor precisión, a las tres fuentes de financiación a las que alude la LTCT. Así, la Ley reguladora del Ente Público "Radio Televisión Vasca", primera en el tiempo, cita, como instrumentos de financiación, las consignaciones presupuestarias que le atribuyan los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y "los ingresos y rendimientos de las actividades que realicen sus sociedades gestoras" (30), entre los que, como es lógico, se encuentran los procedentes de la contratación publicitaria.

(28) El objetivo era obtener el 50 por 100 de la financiación de la televisión estatal de las aportaciones del Estado y el otro 50 por 100 vía publicidad.

(29) Durante el período 1995-1999 se ostentaba llevar a cabo una reducción paulatina de la plantilla (actualmente cuenta aproximadamente con 9.300 trabajadores) hasta su estabilización en 7.731 empleados en 1999. Téngase en cuenta que el importe de los gastos de personal de TVE viene superando anualmente los 40.000 millones de pesetas.

(30) Art. 45 de la Ley 5/1982, de 20 de mayo, de Creación del Ente Público "Radio-Televisión Vasca".

Más explícitas fueron las leyes de creación de los Entes Públicos de Cataluña, Madrid, Valencia, Galicia y Andalucía (31), puesto que en todas hay una referencia expresa no sólo a las subvenciones consignadas en los Presupuestos Generales de sus Comunidades Autónomas respectivas, sino también a los ingresos procedentes de la comercialización o venta de sus productos y de la participación en el mercado de la publicidad. Sin embargo, sólo algunas de estas leyes -en concreto, la catalana y la gallega- repiten la referencia a la participación limitada en el mercado de la publicidad recogida en el ERTV para TVE. Por otro lado, las leyes catalana, valenciana, gallega y andaluza incluyen además la posibilidad de recibir también las subvenciones del Estado previstas en los Estatutos de sus Comunidades Autónomas.

En suma, la financiación de las televisiones autonómicas tiene un carácter fundamentalmente público, siendo los ingresos publicitarios reducidos (32) y su dependencia pública grande, si bien la situación varía, como es lógico, entre unas cadenas y otras (33). Partiendo de esta realidad, la cuestión a debatir, teniendo en cuenta sobre todo la calidad de la programación ofrecida por las cadenas autonómicas, es si es posible encontrar una justificación de cierto peso a esta financiación privilegiada que, dicho sea de paso, se es-

(31) Cfr. art. 25 de la Ley 10/1983, de 30 de mayo, de Creación del Ente Público "Corporación Catalana de Radio y Televisión" y de Regulación de los Servicios de Radiodifusión y Televisión de la Generalidad de Cataluña; art. 23 de la Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control Parlamentario del Ente Público "Radio Televisión Madrid"; art. 28 de la Ley 7/1984, de 4 de julio, de Creación de la Entidad Pública "RTV" y Regulación de los Servicios de Radio Difusión y Televisión de la Generalidad Valenciana; art. 25 de la Ley 9/1984, de 11 de julio, de Creación de la Compañía de Radio Televisión de Galicia; y art. 25 de la Ley 8/1987, de 9 de diciembre, de Creación de la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía y Regulación de los Servicios de Radiodifusión y Televisión Gestionados por la Junta de Andalucía.

(32) El montante de publicidad contratada por las televisiones autonómicas en los meses de enero a abril de 1993 solamente ascendió a 8.300 millones de pesetas, lo que supuso el 13,7 por 100 de la publicidad emitida en televisión en este período. Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, A., "Evolución de la publicidad...", *cit.*, pág. 256.

(33) Vid., como muestra, los interesantes estudios económicos contenidos en *Financiación y publicidad...*, *op. cit.*: MARÍN BECHINI, M., "Criterios presupuestarios y autofinanciación de la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió", págs. 127 y ss.; SOUZA PORTO, J., "Criterios presupuestarios y autofinanciación de la Compañía e Radio-Televisión de Galicia", págs. 147 y ss.; MERLO NAVARRO, E., "Criterios presupuestarios y autofinanciación de la Radio Televisión de Andalucía", págs. 151 y ss.; GAYTAN TERRAZA, J. L., "Criterios presupuestarios y autofinanciación de la Radiotelevisión Madrid", págs. 165 y ss.; MARTÍNEZ GASPAS, G., "Criterios presupuestarios y autofinanciación de la Radiotelevisió Valenciana", págs. 171 y ss.

tima alcanzó, sólo durante el decenio 1983-1992, los 354.000 millones de pesetas en subvenciones. Y es que, como acertadamente ha señalado el profesor LAGUNA DE PAZ (34), la televisión pública regional sólo se justificará en tanto en cuanto sea una medida adecuada y proporcional, atendiendo a los niveles de audiencia y la eficacia de sus emisiones, para conseguir los objetivos de promoción cultural o de interés público perseguidos. Pero no nos detengamos ahora en estas interesantes reflexiones y sigamos avanzando en nuestro estudio.

III. EL PROBLEMA DE SU FINANCIACIÓN PRIVILEGIADA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. La inexistencia en España de una clara separación de funciones entre la televisión pública y la privada

Ante la actual coexistencia de cadenas públicas y privadas parece obligado, como se ha señalado, clarificar las relaciones entre unas y otras, esto es, delimitar la función que corresponde a cada una de ellas. En este sentido, la televisión pública, una vez perdido el monopolio del que tradicionalmente ha gozado, debería separarse claramente de la televisión privada y centrarse en la emisión de una programación de calidad orientada a la idea de servicio público, asegurando la igualdad de acceso de todas las corrientes de opinión, prestando servicios educativos, ofreciendo una programación de calidad, garantizando una información objetiva, veraz e imparcial y promoviendo la producción de programas que reflejen la realidad histórica y la diversidad cultural de cada país (35).

En España, no obstante, no hay -a diferencia de otros países, como por ejemplo la RFA (36) una clara separación de funciones entre cadenas públi-

(34) *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pág. 315.

(35) Sin embargo, nuestra legislación presenta algunas deficiencias en este aspecto, pese a la enumeración de principios que según el art. 4 ERTV deben inspirar la actividad de los medios públicos de radiotelevisión y a la referencia a las funciones contenida en el Preámbulo del propio ERTV. Cfr. GAY FUENTES, C., *La televisión...*, *op. cit.*, pág. 285; y GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El régimen jurídico de la televisión*, *op. cit.*, págs. 21 y ss.

(36) En la República Federal de Alemania el Tribunal Constitucional -al abordar la cuestión en la cuarta *Rundfunkurteil*, de 4 de noviembre de 1986, sobre la Ley de Radiotelevisión del Sarre- cambió su postura tradicional y estableció una distribución de funciones entre la televisión

cas y privadas, y además, la eventual disparidad de funciones existente (37) no trae consigo condicionamientos jurídicos -limitaciones publicitarias, por ejemplo- diferenciados. Por ello, las televisiones públicas de nuestro país luchan por la misma audiencia que las privadas, utilizando sus mismas armas, sin que exista, desgraciadamente, excesiva diferencia en la calidad de sus programaciones (38).

2. Respuestas desde el Derecho comunitario

a) Planteamiento general

Uno de los objetivos prioritarios del Derecho comunitario es, sin ningún género de dudas, el establecimiento de un auténtico mercado único y de un sistema de competencia no falseada. En este sentido, no resulta ocioso recordar que el artículo 3.g) del Tratado de la Unión Europea señala que para alcanzar los fines perseguidos por la Comunidad Europea -enunciados en el artículo 2- "...la acción de la Comunidad llevará consigo... el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior". Pues bien, dentro de la normativa sobre competencia recogida en el Tratado de la Unión (39) interesa ahora, al estudiar el problema de la doble financiación de la televisión pública, detenerse en el estudio de los ar-

privada y pública. A ésta última, se le asigna la función de garantizar la programación básica de televisión -*Grundversorgung*-, mientras que el papel que se le reconoce a la televisión privada es el de ser un complemento de la pública -*Ergänzender Funktion*-. En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que, en la medida en que la *Grundversorgung* esté garantizada por la televisión pública (que, por cierto, está en condiciones de asegurar esta tarea no sólo por no estar los entes públicos obligados a mantener unos altos índices de audiencia, al estar financiados fundamentalmente por ingresos públicos, sino también por llegar su programación a la totalidad de la población), no sería necesario exigir a la televisión privada unas prestaciones tan altas como a la pública en orden a la amplitud de la oferta televisiva y al equilibrio del pluralismo informativo. No obstante, no se niega a las cadenas públicas la posibilidad de ofrecer espacios deportivos, programas de entretenimiento, series televisivas o telefilmes. Ahora bien, la competencia en este terreno con las cadenas privadas sólo será legítima cuando se haga sobre la base de la calidad. Vid. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico...*, op. cit., págs. 326 a 329.

(37) Téngase en cuenta, no obstante, que la programación de las televisiones privadas, al configurarse jurídicamente éstas como gestoras indirectas del servicio público de televisión, debe orientarse también a la prosecución del interés general. Vid. sobre el particular, ORTEGA ÁLVAREZ, L., en *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., págs. 97 y ss.

(38) Cfr. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 330.

(39) Recuérdese que el Capítulo I del Título V de la parte tercera del Tratado, bajo el epígrafe "Normas sobre la competencia", se encuentra dividido en tres Secciones: la primera, comprende las *disposiciones aplicables a las empresas* (arts. 85 a 90); la segunda, se refiere a las *prácticas de dumping* (art. 91); y la tercera, regula las *ayudas otorgadas por los Estados* (arts. 92 a 94).

títulos 92 a 94 del Tratado, que establecen el régimen general de las ayudas estatales.

Teniendo presente que las normas comunitarias sobre competencia operan en materia de televisión sobre una estructura de mercado fuertemente condicionada técnica y económicamente y caracterizada además, generalmente, por la presencia de un importante sector público (40), las cuestiones que debemos plantearnos son: en primer lugar, ¿pueden considerarse las subvenciones que reciben las cadenas públicas de televisión ayudas estatales en el sentido del artículo 92 del Tratado?; y en segundo término -en el caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa-, ¿son contrarias al Derecho comunitario las ayudas a las empresas públicas de televisión?. Para dar respuesta a estas preguntas -o por lo menos, para intentarlo- debemos analizar previamente, aunque sea esquemáticamente, cuál es el régimen comunitario de las ayudas estatales.

El principio ordenador de este régimen se contiene en el art. 92.1 del Tratado, que dispone textualmente:

"Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones."

Una vez establecida la incompatibilidad con el mercado común de aquellas ayudas que reúnan las características a que hace referencia el precepto anteriormente transcrito -sobre las que, dicho sea de paso, se volverá más adelante-, el propio Tratado, dando muestras de cierta flexibilidad, señala a continuación una serie de excepciones al principio general que vienen a delimitar todavía más el alcance del art. 92.1. Así, se establecen una serie de ayudas que, al entenderse en general beneficiosas, se declaran compatibles *de iure* con el mercado común (apartado 2) o susceptibles de ser declaradas compatibles (apartado 3), a pesar del efecto distorsionador de la competencia y de los intercambios comerciales que de las mismas pueda derivarse. Al margen de estas excepciones, hay que tener en cuenta también todas aquellas ayudas que el Consejo, a petición de un Estado miembro, decida considerar compatibles con el mercado común, al apreciar circunstancias excepcionales que justifiquen dicha decisión (art. 93.2, párrafo 3, del Tratado).

Pues bien, dejando aparte las ayudas sometidas a un régimen especial al margen de lo previsto en los artículos 92 a 94, puesto que no inciden en la materia objeto del presente estudio -las subvenciones en favor de los entes

(40) Cfr. GAY FUENTES, *La televisión...*, op. cit., pág. 269.

públicos de televisión-, éste viene a ser, de forma muy esquemática, el régimen de las ayudas estatales previsto en el Tratado.

b) La noción de ayuda estatal

En primer lugar, es necesario señalar que, pese a la imprecisión de que hace gala el art. 92.1 -que no define lo que hay que entender por ayuda-, parece claro que los reproches dirigidos a tal imprecisión no pasan, como apunta el profesor FERNÁNDEZ FARRERES (41), “de ser fruto de un excesivo formalismo que es, justamente, lo que de manera deliberada se ha querido marginar en la regulación adoptada, por cuanto al declarar incompatibles cualesquiera ayudas, sin condicionamiento *per se* de ningún tipo en orden a la forma que puedan revestir, se evidencia palmariamente que son las consecuencias y efectos que las ayudas despliegan o pueden desplegar lo que verdaderamente importa”.

En esta misma línea, la doctrina (42) ha venido manejando definiciones en las que se pone el énfasis en esos efectos o consecuencias (43), consolidando así una noción amplia de ayudas. Así, A. BERCOVITZ (44) señala que, a estos efectos, son ayudas estatales “cualesquiera atribuciones de ventajas patrimoniales a favor de empresas determinadas, individualmente o de forma global, realizadas directa o indirectamente con cargo a fondos públicos en condiciones distintas a las que serían normales en el mercado”.

Es preciso, por tanto, partir de una noción amplia o genérica de ayudas a la hora de examinar si las subvenciones o cualquier otra ventaja que pueda arbitrarse en favor de las televisiones públicas pueden ser consideradas ayu-

(41) *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Colección Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad-Empresa y Civitas, Madrid, 1993, pág. 25.

(42) *Cfr.*, como muestra, WAELBROECK, M., en MEGRET, J., *et alii*, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. IV, concurrence, 2 tirage, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1972, págs. 380 y ss.; CHRISTOPHER BELLAMY-GRAHAM CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, edición española a cargo de Enric Picañol, Civitas, Madrid, 1992, págs. 787 y ss.; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, pág. 725, “El control de las ayudas financieras nacionales”, en *Tratado de Derecho Comunitario europeo*, vol. II, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S., Civitas, Madrid, 1986, págs. 622 y ss., y *El régimen de las ayudas estatales...*, *op. cit.*, pág. 25 y ss.; y BERCOVITZ, A., “Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE”, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. II, *op. cit.*, págs. 463 y ss.

(43) Por su parte, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que “...el artículo 92 no distingue entre las medidas de intervención estatal en cuestión atendiendo a sus causas o fines, sino que las define en relación a sus efectos”. *Vid.* Asunto 173/73, *Comisión c. Italia*, Rec. 1974, pág. 709.

(44) “Normas sobre la competencia...”, *cit.*, pág. 463.

das estatales a tenor de lo dispuesto en el art. 92.1, que -recuérdese- se limita a establecer que incurrirán en incompatibilidad -y, por tanto, quedarán prohibidas- aquellas ayudas otorgadas por un Estado miembro o mediante fondos estatales, que favorezcan a ciertas empresas o la producción de ciertos bienes, falseando la competencia y afectando al comercio interestatal.

No obstante, no será necesario demostrar que realmente se ha falseado la competencia y que los intercambios han quedado efectivamente afectados, sino que será suficiente probar que la ayuda puede representar una amenaza actual o potencial para la competencia y los intercambios. Por ello, deben considerarse ayudas estatales en el sentido del art. 92.1 todas aquellas aportaciones públicas que impliquen una ventaja económica en favor de las cadenas públicas de televisión que no venga a compensar a dichas cadenas de determinadas cargas u obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la prestación del servicio público (45), siempre y cuando falseen o amenacen falsear la libre competencia, afectando con ello, al menos potencialmente, los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Ahora bien, ¿realmente falsean dichas ayudas la libre competencia, afectando potencialmente los intercambios de los Estados miembros?

En este sentido, conviene recordar que el Tribunal de Justicia ha mantenido (46) que cuando una ayuda estatal fortalece la posición de una empresa en comparación con otras empresas competidoras en el marco del comercio intracomunitario, ha de considerarse que la competencia es susceptible de ser falseada. Sin embargo, la prohibición del art. 92.1 no comprendería las ayudas estatales que, por su cuantía u otra razón, no fueran capaces de incidir apreciablemente, esto es, de forma sensible en la competencia comunitaria. En tales supuestos, no habría falseamiento de la competencia.

Y es que puede señalarse (47) que, con carácter general, el criterio decisivo para juzgar acerca de la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común es, ante todo, el de la incidencia de esas ayudas en los intercambios comerciales entre los Estados miembros. La justificación de que la incidencia en los intercambios comerciales sea el criterio central es de fácil comprensión, puesto que, en el seno del mercado común, toda acción que afecte

(45) Como apunta LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pág. 332., solamente “si la televisión pública tuviera encomendadas funciones de servicio público que la distanciaran de las televisiones privadas, podría entonces exigir las correspondientes compensaciones económicas para poder desarrollar su actividad”.

(46) *Vid.* asunto 730/79, *Philip Morris c. Comisión*, Rec. 1980, pág. 2671.

(47) *Cfr.* A. BERCOVITZ, “Normas sobre la competencia...”, *cit.*, págs. 341 y ss..

al comercio entre los Estados conlleva necesariamente una distorsión de la competencia, mientras que no toda distorsión de la competencia se traducirá en una interferencia en dichos intercambios comerciales (48).

Así, mientras parece evidente que las ayudas financieras a las cadenas públicas de televisión, siempre que no se justifiquen por sus obligaciones de servicio público, producen una clara distorsión de la libre competencia en el mercado nacional respecto a las televisiones privadas, resulta más discutible, al menos por el momento, la existencia de una eventual incidencia en los intercambios interestatales como consecuencia de las mencionadas ayudas financieras. No obstante, el mercado comunitario es, en ocasiones, más sensible a las ayudas estatales de lo que *a priori* puede parecer, puesto que frecuentemente el falseamiento de la competencia lleva también consigo la afectación al comercio entre los Estados.

c) Posibles excepciones

En el caso de que se demostrara -pese a las dificultades y problemas que, como se ha visto, ello entraña- que las aportaciones públicas a los entes públicos de televisión afectan o inciden potencialmente en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las únicas excepciones que podrían aplicarse a la televisión (49) para evitar que opere la prohibición del art. 92.1 serían las contenidas en los arts. 92.3.d) y 90.2 del Tratado. Y es que, como señala LAGUNA DE PAZ (50), la mayoría de las ayudas previstas en el art. 92.2 y 3 -que, recuérdese, constituyen excepciones a la regla general de la incompatibilidad- contemplan una serie de objetivos y situaciones que es difícil imaginar que puedan tener lugar en una actividad como la televisión.

Respecto a la primera excepción (51) -la del art. 92.3.d)-, que abre la posibilidad de considerar compatibles con el mercado común "*las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no*

(48) Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas estatales...*, op. cit., págs. 49 y ss.

(49) Excesivo parece, como pretende A. GODOY, *El Derecho de la televisión sin fronteras*, Aguacilar, 1995, pág. 340, el intento de activar la excepción contenida en el art. 92.3 c), relativa a las denominadas ayudas sectoriales. Vid. Comunicación de la Comisión sobre el método de aplicación de las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92 a las ayudas regionales (DOCE núm. C 212, de 12 de agosto de 1988, pág. 2).

(50) *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 335.

(51) Introducida por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.

alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común", hay que señalar que no parece, ciertamente, que pueda entrar en juego en el campo de la televisión, sector para el cual no da la sensación de haber sido concebida la norma.

Ahora bien, la excepción contenida en el art. 90.2 del Tratado (52), pese a que hasta ahora las empresas no hayan conseguido, salvo alguna excepción, alegar con excesivo éxito este precepto, sí podría excluir la aplicación de la normativa sobre competencia a las empresas públicas de televisión (53). No obstante, habría que entender que las televisiones públicas son "empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general", concepto éste (54) que, en todo caso, debe ser interpretado de forma estricta, por incluirse en una disposición que permite, en ciertas circunstancias, una derogación de las reglas del Tratado (55). En cualquier caso, para invocar esta excepción habrá que determinar el interés general que representa la gestión de ese servicio, justificar que la aplicación de la normativa sobre competencia impide la consecución de la misión encomendada y, finalmente, valorar el efecto sobre los intercambios interestatales de la no aplicación o de la aplicación limitada de las reglas sobre competencia.

3. Respuestas desde el Derecho interno

a) La insuficiente regulación contenida en la LDC

(52) El art. 90.2 establece que "las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en la que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad".

(53) Sobre la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a este precepto, vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Público y privado...*, op. cit., págs. 99 y ss.

(54) Para un estudio del concepto de "empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general", vid., entre otros, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Colección Cuadernos y Debates núm. 56, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 65 y ss.; BELLAMY Y CHILD, *Derecho de la competencia...*, op. cit., págs. 736 y ss.; FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, 1994, págs. 100 y ss.; RODRÍGUEZ CURIEL, J. W., *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989, págs. 55 y ss.; y PAÍS ANTUNES, L. M., "L'article 90 du Traité CEE", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 1991, págs. 194 y ss. Véase también el "Proyecto de Carta Europea de los servicios públicos (o servicios de interés económico general)", traducido y anotado por GARCIA DE COCA, J. A., RAP núm. 136 (1995), págs. 523 y ss.

(55) Cfr. asunto 123/73, *BRT-Sabam II*, Rec. 1974, pág. 313.

Parece obligado, llegados a este punto, referirse a nuestra legislación en materia de ayudas públicas a empresas, aunque sólo sea para constatar los escasos medios que la regulación contenida en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) ofrece al Tribunal de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, TDC) para intervenir en un aspecto de tanta trascendencia para el régimen de la competencia (56).

En efecto, el art. 19 LDC establece, con ciertas limitaciones (57) y enorme prudencia (58), lo siguiente:

“1. El Tribunal de Defensa de la Competencia, a solicitud del Ministerio de Economía y Hacienda, podrá examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia.

A la vista del dictamen del Tribunal, el Ministro podrá proponer a los poderes públicos la supresión o la modificación de ayudas, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia.

2. A los efectos previstos en el número anterior el Tribunal podrá dirigir comunicaciones o requerimientos a las empresas, así como recabar de las Administraciones Públicas, para que le informen sobre las aportaciones de recursos públicos o las ventajas financieras concedidas u obtenidas.”

A la vista de este artículo, tan sólo resta lamentar la insuficiencia de una regulación (59) que, lejos de convertirse en un instrumento legal adecuado para hacer frente a la eventual distorsión de la libre competencia que a nivel nacional puede representar la financiación mixta de las cadenas públicas de televisión, se muestra prácticamente inoperante.

(56) *Vid.* sobre el particular, el exhaustivo trabajo de CASES PALLARES, L., *El Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 373 a 380.

(57) La intervención del TDC sólo tendrá lugar a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, pese a los intentos parlamentarios que hubo para que también pudiesen solicitar su examen las Cortes Generales, los sectores productivos y las empresas con interés directo. *Vid.* BOCG, CD, III Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, núm. 105-6, pág. 37.

(58) Claro ejemplo de la prudencia con que ha sido redactado dicho artículo es el frecuente empleo del potestativo *podrá*.

(59) Conviene señalar, no obstante, que en el proceso de elaboración de la LDC se formuló también una propuesta de regulación (la enmienda núm. 12 del Grupo Coalición Popular) que, a diferencia de la regulación contenida en el art. 19 LDC, no atribuía al TDC tan escasos medios para intervenir en materia de ayudas públicas. Con esta enmienda, se pretendía incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, tras la pertinente adaptación, la regulación del control de las ayudas estatales prevista en el Tratado de la Comunidad Europea, lo que hubiera supuesto, desde luego, dotar al TDC de una serie de instrumentos necesarios. Además, en virtud de dicha propuesta, finalmente rechazada en la discusión parlamentaria, se intentaba que el TDC pudiera emprender de oficio el examen de las ayudas públicas. *Cfr.* BOCG, CD, III Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, núm. 105-6, pág. 24 y ss.

b) La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993

Por su parte, el TDC ha venido manteniendo la necesidad de revisar la actual normativa sobre televisión a fin de corregir sus efectos restrictivos sobre el libre mercado y, particularmente, los derivados de la financiación mixta de que disfrutaban las televisiones públicas.

En efecto, en su Resolución de 10 de junio de 1993 (pleno), expediente 319/92, el TDC se pronuncia incidentalmente (60) sobre este particular. En primer lugar, el Tribunal enumera una serie de elementos que, sin duda, afectan a las condiciones de competencia en el mercado de los derechos televisivos y que deben ser tenidos en cuenta para una regulación equilibrada de la televisión en España:

“A lo largo del expediente se ha puesto de manifiesto que, además de los acuerdos examinados, existen numerosas circunstancias legales y de hecho que afectan seriamente a las condiciones de competencia en el mercado televisivo.

Por un lado, la existencia de diferentes normas de funcionamiento para los distintos tipos de cadenas de televisión (pública nacional, autonómicas, televisiones privadas), con exigencias de programación y publicidad y formas de financiación no homogéneas.

Por otro lado, la existencia de diferencias radicales en la interpretación de las limitaciones y ventajas que la ley del tercer Canal establece para las cadenas de televisión autonómicas.

Además, las razones que hasta la fecha han conducido a que TVE sea el único miembro español de la UER y, por tanto, no comparta con ninguna otra cadena los privilegios de los derechos preferentes negociados colectivamente a través de Eurovisión.

Por último, hay que tener en cuenta el hecho de que se trata de conseguir determinados objetivos de interés público que nadie discute -tales como por ejemplo, la defensa de las lenguas del Estado o la cultura- a través de un esquema de financiación mixta de publicidad y aportaciones presupuestarias y obtención de créditos con aval público que afecta seriamente a la competencia del nascente mercado de las televisiones”.

(60) En dicha Resolución se declara la existencia de: en primer lugar, un abuso de posición dominante por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (art. 6.2 b) y c) LDC), consistente en utilizar el poder en el mercado de la contratación de derechos de emisión de fútbol por televisión alterando la competencia en el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores, al provocar el bloqueo del acceso a las imágenes para dos de ellos; y, en segundo término, pactos restrictivos de la competencia (art. 1.1 LDC) entre la Liga Nacional y Canal Plus y las televisiones autonómicas, por una parte, y, por otra, entre estas últimas y Canal Plus y Televisión Española. Además, la Resolución ordena la cesación de las prácticas prohibidas al finalizar la temporada 1993/94, obliga a las televisiones autonómicas a permitir el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas, mediante remuneración, a todos los operadores que lo deseen, y multa a la Liga Nacional de Fútbol Profesional con 147.500.000 pesetas.

Sin embargo, el TDC no olvida que no le corresponde convertirse en regulador de la televisión, ni resolver todos los problemas de competencia o de otro tipo que se plantean en el sector. Y mucho menos en el marco de un expediente sancionador al que se han incorporado dos solicitudes de autorización. Por ello, se limita a señalar que:

“... puede tener en cuenta algunos de los elementos hasta aquí expuestos, y valorar muy positivamente los objetivos de interés público que deben cumplir las televisiones autonómicas, pero en ningún caso puede admitir soluciones anticompetitivas no amparadas por Ley y tiene que resolver el caso con arreglo al material probatorio existente y aplicando las reglas de derecho establecidas por la Ley 16/1989 y el resto del ordenamiento jurídico”.

Reconociendo a continuación que:

“... no puede aceptar la debilidad de la capacidad de contratación de las televisiones autonómicas como justificación de su actuación anticompetitiva en el mercado nacional de los derechos de emisión de fútbol por televisión, ni ignorar que las televisiones públicas están en condiciones de ofrecer por el material televisivo precios muy superiores a los justificados por su utilización comercial, como consecuencia de una financiación privilegiada”.

Para terminar señalando:

“Por todo ello, el Tribunal se planteará la conveniencia de elevar una moción al Gobierno con el fin de proponer la revisión de la normativa de televisión y la regulación de la televisión por cable o por otros medios técnicos para que se amplíe la competencia y se corrijan los efectos restrictivos sobre ella que se derivan del trato discriminatorio que las normas conceden a los distintos tipos de cadenas de televisión, incluyendo los que se desprenden de la posibilidad y la realidad de la financiación mixta de que gozan las televisiones públicas”.

Por tanto, el TDC entiende, acertadamente a mi juicio, que las televisiones públicas están, gracias a su financiación privilegiada, en condiciones de ofrecer por el material televisivo precios muy superiores a los justificados por su utilización comercial, desvirtuándose así la libre competencia en las condiciones para adquirir los distintos programas de televisión.

IV. CONCLUSION

Parece claro que las ayudas y aportaciones públicas a las cadenas públicas de televisión, siempre que no se justifiquen por sus obligaciones de servicio público, producen una distorsión de la libre competencia en el mercado nacional respecto a las televisiones privadas. Ante esta situación, es necesario preguntarse si nuestro actual sistema normativo establece verdaderos límites en el acceso al mercado de la publicidad para las televisiones públicas, como sería deseable ante la eventual disparidad de funciones existente entre

éstas y las privadas, si aclara cuáles son los criterios básicos que definen el llamado “servicio público” de la televisión y, finalmente, si regula con el suficiente rigor y acierto cuáles son las funciones de servicio público que deben cumplir las televisiones públicas.

Si la programación de las cadenas públicas perdiera la orientación comercial que preside sus emisiones en la actualidad, la vía presupuestaria sería la idónea y no plantearía mayores problemas, al margen de las medidas que se establezcan en orden a la articulación y control tanto sustantivo como financiero de la actividad. Por el contrario, si las cadenas públicas no se diferencian de las privadas por sus obligaciones de servicio público -y en la medida en que no se replieguen a la cobertura de funciones de servicio público (61) deberían olvidarse de la atribución de esas cantidades de dinero público a fondo perdido que reciben y someterse, como un operador más en el mercado, a las normas de la libre competencia.

La actual fórmula de financiación mixta de las televisiones públicas es cómoda, pero el amplio margen presupuestario que la misma permite, es una ventaja de dudosa conciliación con las reglas del mercado. Por ello, parece necesario abordar con la mayor brevedad posible un proceso de reordenación del sector televisivo en el que se tenga en cuenta la realidad de las televisiones internacionales, por cable y las locales, al objeto de garantizar unas condiciones que aseguren efectivamente la libre competencia, sin perjuicio de la función de interés público que incumbe a los servicios de radiodifusión.

En suma, estamos ante un tema polémico y de gran actualidad que, sin ningún género de dudas, nos llevará en un futuro cercano a cuestionar no sólo la legitimidad de las ayudas sino también las condiciones de actividad que deberían tener como presupuesto, tanto desde el punto de vista del interés público de los servicios prestados como desde la óptica del Derecho de la competencia (62).

(61) Según el borrador del Plan Estratégico de RTVE, la programación de TVE se dividiría en “programas de marcado servicio público”, que se llegan a enumerar y cuyo coste se cifra incluso, y “programas que responden a criterios comerciales”. La financiación pública se destinaría a costear los programas de servicio público, mientras que la publicidad sería la fuente de financiación de la programación con criterios comerciales. Vid. NASARRE GOICOECHEA, E., en *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., pág. 68.

(62) Cfr. A GODOY, *El Derecho de la televisión sin fronteras*, op. cit., pág. 341.