

# La definición comunitaria de ayuda de Estado por compensación de obligaciones de servicio público en el sector audiovisual de titularidad pública\*

*Carlos Padrós Reig*

Profesor Titular de Derecho Administrativo.  
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN	ABSTRACT
La Comisión elaboró en 2001 una serie de normas relativas a las ayudas públicas a la radiodifusión que delimitaban el importe de la indemnización por compensación de las obligaciones de servicio público. Este marco se ha aplicado en varias decisiones (televisiones públicas en Portugal, Francia, Dinamarca). En todos los casos se demuestra la incapacidad de la Comisión para aplicar los criterios fijados: definición clara de la misión de servicio público; mantenimiento de una contabilidad separada; y proporcionalidad en el cálculo de las ayudas.	The European Commission launched in 2001 a Communication on state aids for broadcasting activities. This instrument defined the amount of public funding according to public service missions assumed by public broadcasters. This framework has been applied in several Commission's Decisions (Public TV in Portugal, France and Denmark). In all cases the essay shows the impossibility for the Commission to apply the 2001 Communication criteria; a clear definition and assignement of public service mission; transparency through separate accountig and proporcionality in the amount of state aids.
<b>Palabras clave:</b> Televisión pública, ayudas públicas, obligaciones de servicio público, compensación.	
<b>Keywords:</b> Broadcasting, state aids, public service obligations, compensation	

\* Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación «Los retos de las televisiones públicas: financiación, servicio público y mercado» con financiación del Ministerio de Ciencia y Tecnología (SEJ 2004-06130)

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO
2. EL RÉGIMEN EUROPEO DE CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO Y DEFINICIÓN DE COMPENSACIÓN POR OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO—2.1. *Comunicación de la Comisión de 29 de noviembre de 2005 sobre el marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (DOCE C297.2005/C297/04)*—2.2. *STJCEE de 24 de julio de 2003. Asunto C-280/00 Altmark Trans*—2.3. *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (DOCE C-320 de 15 de noviembre de 2001)*—2.3.1. Caracterización del sector—2.3.2. Exención por categoría: transferencias que no constituyen ayuda por reunir las características de un SIEG
3. DECISIONES RECIENTES DE LA COMISIÓN—3.1. *Decisión de 15 de octubre de 2003 (RTP)*—3.2. *Decisión de 15 de octubre de 2003 (RAI)*—3.2.1. definición de las misiones de servicio público—3.2.2. Servicio público y supervisión independiente—3.2.3. Examen de la proporcionalidad de las ayudas—3.3. *Decisión de 10 de diciembre de 2003 (France 2 y France 3)*—3.3.1. Definición de las misiones de servicio público—3.3.2. Servicio público y supervisión independiente—3.3.3. Proporcionalidad de la financiación—3.4. *Decisión de 19 de mayo de 2004 (TV2/Danmark)*—3.4.1. El servicio debe ser de interés económico general y estar claramente definido como tal por parte del Estado miembro—3.4.2. Servicio público y supervisión independiente—3.4.3. Proporcionalidad de la financiación—3.5. *Decisiones de la Comisión de 20 de abril de 2005 (tasa de televisión)*
4. VALORACIÓN
5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. PLANTEAMIENTO

Una de las cuestiones más actuales entorno a la intervención del Estado en el mercado audiovisual es la posición económica de los operadores de titularidad pública. Tradicionalmente, estos operadores han contado con financiación pública, ya sea mediante tasas, deuda o dotaciones presupuestarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. La preservación de la libre competencia entre operadores públicos y privados obliga a limitar este tipo de aportaciones económicas a la estricta compensación por la prestación de servicios deficitarios.

La tensión entre los principios de servicio público y libre mercado, ha llegado incluso al Derecho primario comunitario con la aprobación del Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública en los Estados miembros, anexo al Tratado de Amsterdam de 1997, cuyo literal establece que:

*«Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal y como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público».*

Como indica FALCÓN Y TELLA, «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 vengán a compensar las funciones de servicio público que las televisiones públicas desarrollen efectivamente»<sup>1</sup>.

El presente artículo intenta esbozar las diferencias entre ayuda prohibida y compensación por la realización de obligaciones de servicio público así como analizar las aportaciones más recientes en materia de financiación de servicios de interés económico general.

<sup>1</sup> FALCÓN Y TELLA, F. «La doble financiación de las televisiones públicas en España desde la óptica del derecho de la competencia» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 8, 1996, pg. 215.

## **2. EL RÉGIMEN EUROPEO DE CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO Y DEFINICIÓN DE COMPENSACIÓN POR OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO**

La regla general aplicable a la cuestión de las ayudas sería su notificación y prohibición general objeto de abundantes estudios por parte de la doctrina. Esta sencilla regla, sin embargo, encuentra numerosas excepciones por categoría y muchos vacíos instrumentales cuando se trata de financiar servicios económicos deficitarios que el Estado presta a los ciudadanos.

### **2.1. Comunicación de la Comisión de 29 de noviembre de 2005 sobre el marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (DOCE C297.2005/C297/04)**

Las recientes evoluciones de la jurisprudencia comunitaria y el debate entorno a las compensaciones por servicio público impulsan a la Comisión a presentar una Comunicación sobre la compatibilidad de tales operaciones.

En los casos donde no se cumplan los criterios de la sentencia Altmark por lo que se refiere a la determinación del importe de la compensación, estas compensaciones constituirán ayudas estatales. A pesar de ello, la Comisión establece que estas ayudas estatales pueden declararse compatibles con el Tratado en aplicación del apartado 2 del artículo 86 cuando sean necesarias para el funcionamiento de los servicios de interés general y no afecten al desarrollo de los intercambios en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad<sup>2</sup>.

La comunicación de la Comisión intenta aportar algo más de precisión a la definición de los elementos determinantes de la jurisprudencia Altmark así como a la atribución de la misión de servicio público, la transparencia o el alcance del beneficio razonable para la empresa. Según la Comisión, esa nueva modalidad de exención debe cumplir las condiciones siguientes:

- a) que se trate de un verdadero servicio de interés económico general en el sentido de lo dispuesto en el artículo 86 CE. De la jurisprudencia se desprende que a falta de normativa comunitaria a este respecto, los Estados miembros disponen de un amplio poder de valoración en cuanto a la naturaleza de los servicios susceptibles de ser calificados de interés económico general. Por lo tanto, a falta de normativa comunitaria a este respecto, la tarea de la Comisión consiste en velar por que estas disposiciones se apliquen sin error manifiesto. En efecto, del apartado 2 del artículo 86 se desprende que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, son empresas encargadas «de una misión particular».
- b) necesidad de un acto que concrete las obligaciones de servicio público y las modalidades de cálculo de la compensación. El concepto de servicio de interés económico general según lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado,

<sup>2</sup> Condiciones para la compatibilidad de las compensaciones por servicio público que constituyen ayudas estatales.

### *LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...*

implica que se haya encomendado a las empresas en cuestión una misión particular atribuida por el Estado. Por consiguiente es necesario que exista una atribución de servicio público que defina las obligaciones recíprocas de las empresas en cuestión y del Estado. Por Estado se debe entender tanto el Estado central como las colectividades locales o regionales. La misión de servicio público debe encomendarse por medio de un acto oficial, que, según el derecho de los Estados miembros, puede consistir formalmente en un acto legislativo, un acto reglamentario o un contrato. La misión puede también definirse en varios actos. Este acto o conjunto de actos debe indicar concretamente:

- la naturaleza precisa de las obligaciones de servicio público.
- las empresas afectadas y el territorio considerado.
- la naturaleza de los derechos exclusivos o especiales que se hayan podido conceder a las empresas.
- los parámetros de cálculo de una eventual compensación y su revisión, así como del beneficio razonable. Estos parámetros pueden en particular tener en cuenta los costes específicos soportados realmente por las empresas en las regiones contempladas en las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 87 del Tratado CE.
- las modalidades de reembolso de las posibles compensaciones excesivas y las modalidades de una eventual intervención del Estado en caso compensación insuficiente;

En cuanto al importe de la compensación, la Comisión establece que «el importe de la compensación no puede superar lo necesario para cubrir los costes derivados del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los correspondientes ingresos así como un beneficio razonable por el cumplimiento de estas obligaciones. Este beneficio puede incluir en particular, total o parcialmente, los incrementos de productividad realizados por las empresas en cuestión durante un período convenido y limitado, sin alterar el nivel cualitativo de los servicios fijado por el Estado. Los costes que deben tenerse en cuenta son todos los vinculados al funcionamiento del SIEG. Cuando las actividades de la empresa en cuestión se limitan al SIEG, pueden tenerse en cuenta todos sus costes. Cuando la empresa realiza también actividades ajenas al SIEG, sólo pueden tenerse en cuenta los costes vinculados al SIEG. En este caso, deberán cumplirse las disposiciones de la Directiva de la Comisión sobre la transparencia de las relaciones financieras entre el Estado y algunas empresas. La contabilidad interna debe, en particular, reflejar de manera diferenciada los costes y los ingresos vinculados al SIEG y los de los otros servicios, así como los parámetros de asignación de costes.

Cuando se encomiende a una empresa la gestión de varios SIEG, ya sea porque la autoridad que atribuye el SIEG es diferente o porque la natura-

leza del mismo es distinta, la contabilidad interna de la empresa debe permitir asegurarse de que no existe una compensación excesiva en cada SIEG.

Los costes asignados al SIEG pueden cubrir todos los costes variables causados por la prestación del SIEG, una contribución adecuada a los costes fijos y una remuneración conveniente de los fondos propios en la medida en que se destinan al SIEG. Los costes asignados a posibles actividades ajenas al SIEG deben cubrir todos los costes variables, una contribución adecuada a los costes fijos, y una remuneración conveniente de los fondos propios. Estos costes nunca pueden imputarse al SIEG. El cálculo de los costes debe basarse en principios contables generalmente aceptados.

Los ingresos que deben tenerse en cuenta deben incluir al menos todos los ingresos procedentes del SIEG. Si la empresa en cuestión dispone de derechos exclusivos o especiales vinculados a otro SIEG, que genera beneficios superiores al beneficio razonable tal como se define en el punto siguiente, o si se beneficia de otras ventajas concedidas por el Estado, éstos deben tenerse en cuenta, independientemente de su calificación con arreglo al artículo 87, y añadirse a sus ingresos. El Estado miembro también puede decidir que los beneficios procedentes de otras actividades ajenas al SIEG deben destinarse total o parcialmente a la financiación del SIEG.

Por beneficio razonable se debe entender un tipo de remuneración del capital que tenga en cuenta el riesgo, o la inexistencia del mismo, soportado por la empresa a causa de la intervención del Estado, en particular, si este último concede derechos exclusivos o especiales. Normalmente, dicho tipo no debe superar el tipo medio registrado en el sector interesado durante los últimos años. En los sectores en los que no existe empresa comparable a la empresa encargada del SIEG, la comparación puede efectuarse con empresas situadas en otros Estados miembros o, en caso necesario, con empresas pertenecientes a otros sectores. Para determinar el beneficio razonable, el Estado miembro puede introducir criterios incentivadores, en función, en particular, de la calidad del servicio prestado.

El importe de la compensación abarca todas las ventajas concedidas por el Estado por medio de recursos estatales. Estos recursos estatales deben ser utilizados efectivamente por la empresa para garantizar el funcionamiento del SIEG para el cual se conceden. Los recursos estatales concedidos para la financiación de un SIEG y utilizados para intervenir en otros mercados ajenos al SIEG, constituyen ayudas no justificadas por la obligación de servicio público, y en consecuencia incompatibles. No obstante, estas disposiciones se entenderán sin perjuicio de la libertad de las empresas beneficiarias de la compensación por servicio público, de utilizar como quieran su beneficio razonable.

Cuando se impongan obligaciones de servicio público idénticas a varias empresas, los parámetros de cálculo de la compensación deben ser idénticos para todas las empresas.

## 2.2. STJCEE de 24 de julio de 2003. Asunto C-280/00 Altmark Trans

La sentencia del caso Altmark resulta especialmente relevante porque parece cerrar el debate sobre la consideración que para el derecho de la competencia deben tener las aportaciones del poder público a las empresas que desarrollan un servicio económico de interés general<sup>3</sup> En líneas generales, la jurisprudencia comunitaria<sup>4</sup> había establecido la llamada teoría compensatoria. Las aportaciones no se considerarían ayudas en tanto no se excediera de la compensación de los costes incurridos por el operador para prestar efectivamente las obligaciones de servicio público. Así, en el apartado 87 de la sentencia, el Tribunal opina que:

«si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad de una ventaja financiera (...) tal intervención no está sujeta al artículo 92.1. del Tratado (hoy artículo 87.1)»<sup>5</sup>:

Sin embargo, la sentencia del caso Altmark (aps. 88-93) va algo más allá en tanto que condiciona la exención no sólo a la compensación sino al cumplimiento de determinadas características que debe cumplir la compensación. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas indicó que las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales en el sentido de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado CE, siempre que se cumplan cuatro criterios:

«En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.

En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 87, apartado 1, del Tratado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que

<sup>3</sup> SANTAMATO, S. y PESARESI, N. «Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the Altmark ruling» Competition Policy Newsletter 2004 (1); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. «Ayudas de Estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark» *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia* núm. 237, 2005; ACIERNO y BAQUERO, «La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos» *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 9, 2004.

<sup>4</sup> Ver especialmente STJCEE de 7 de febrero de 1985 As. C-240/83 ABDHU; STJCEE de 22 de noviembre de 2001, As. C-53/00 Ferring.

<sup>5</sup> Paréntesis añadido.

la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable. 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 cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar 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 en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones».

Uno de los efectos más importantes de la jurisprudencia *Altmark* va a ser el desplazamiento de la autoridad competente en materia de control de las ayudas públicas que se otorguen como compensación por la prestación de servicio público. Como indica Maillo, «desaparece la obligación de notificación y por lo tanto el control previo de la Comisión con respecto a nuevas financiaciones. Las ventajas estatales que cumplan los cuatro requisitos de *Altmark* no serán ayudas de Estado por lo que no es necesario notificarlas a la Comisión. Se pasa de un control sistemático *ex ante* a un control puntual *ex post* menos eficiente (...). Tras *Altmark*, los Estados son libres de otorgar nuevas financiaciones a los servicios económicos de interés general o modificar las ya existentes sin necesidad de contar con la autorización de Bruselas (...). Tras *Altmark*, toda la parte del análisis trasladada al marco del art. 87.1. podrá ser realizada por autoridades y jueces nacionales. Si deciden que los cuatro requisitos se cumplen, el caso estaría decidido y no habría de plantearse a la Comisión. Es indudable que, teniendo en cuenta la importancia de los ámbitos e intereses nacionales afectados, los riesgos de falta de uniformidad y mano ancha no son despreciables. Las mismas razones que apoyaban la exclusividad de la Comisión para aplicar la excepción del art. 86.2. a ayudas de Estado apoyaría ahora que no se hubiese producido este traslado»<sup>6</sup>.

Siguiendo a ORTIZ BRU, resulta que «el planteamiento realizado por la Comisión de indetificar ayuda de Estado versus compensación de sobrecoste soportado se ha quedado sin soporte por virtud de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Ferring*. La citada sentencia establece el criterio jurisprudencial en virtud del cual las compensaciones que no sobrepasen

<sup>6</sup> MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. «Ayudas de Estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post *Altmark*» *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia* núm. 237, 2005, pgs. 38-39.

los costes adicionales no se considerarán ayudas de Estado y por tanto son compatibles con el Tratado sin necesidad de acudir a las previsiones del art. 86.2. y en consecuencia, al control de las mismas por parte de la Comisión. Así pues, la sentencia ha dejado sin argumento a la Comisión que deberá reformular totalmente su planteamiento de circunscribir la financiación de los servicios públicos de radiodifusión dentro del ámbito de las ayudas estatales y, en consecuencia su inclusión en las condiciones de cumplimiento desarrolladas en la interpretación del art. 86.2. Desde esta perspectiva podemos afirmar que, a tenor de la sentencia, en la medida de que la financiación del servicio público de radiotelevisión no sobrepase los costes adicionales necesarios para el cumplimiento de la misión –tal y como ha sido definida, atribuida y organizada de forma exclusiva por el Estado miembro– que le ha sido encomendada al organismo en cuestión, tal financiación es “per se” automáticamente compatible y no está sujeta al artículo 86.2 regulador de las ayudas de Estado»<sup>7</sup>.

Desde esta perspectiva, la sentencia Altmark supondría reabrir las condiciones de aplicabilidad del art. 86.2. puesto que las ayudas públicas a la radiodifusión no cumplen con el requisito de otorgarse en el marco de un procedimiento de contratación pública.

Esta perspectiva se defiende también por Carro Marina para quien, «es un hecho predeterminado por el legislador español, que las actuales empresas de titularidad privada no son cadenas comerciales, en el sentido en el que utilizan este término las instituciones europeas, sino televisiones de servicio público; servicio que prestan en régimen de concesión. La Ley 10/1988 de 3 de mayo, mal llamada “de televisión privada” regula, en efecto, la gestión indirecta de servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado (artículo primero). Dicha gestión indirecta se realiza en régimen de concesión administrativa y de acuerdo, por tanto, no sólo con lo previsto en la propia ley, sino también con lo dispuesto en las cláusulas del contrato que han firmado las sociedades concesionarias con el Estado»<sup>8</sup>.

Desde esta perspectiva, pues, no se justifica la asunción por parte de las cadenas de titularidad pública de la prestación exclusiva de las obligaciones de servicio público que, por ley, comparten también las privadas.

### **2.3. Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (DOCE C-320 de 15 de noviembre de 2001)**

#### *2.3.1. Caracterización del sector*

La abolición de los monopolios, la aparición de nuevos operadores y los

<sup>7</sup> ORTIZ BRU, C. «La Televisión pública y su financiación» en VILLAR URIBARRI, J. M. (Dir.) *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Aranzadi, Pamplona, 2003, pg. 471.

<sup>8</sup> CARRO MARINA, M., «La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión. El caso español» en MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho europeo del audiovisual*. Madrid, 1997, p. 419.

rápidos avances tecnológicos han modificado radicalmente el entorno competitivo del sector audiovisual. La radiodifusión televisiva era tradicionalmente una actividad reservada que se confiaba generalmente a empresas públicas en régimen de monopolio. La justificación de esta reserva y de su monopolio público se basaba principalmente en una cuestión tecnológica: el limitado número de frecuencias de radiodifusión disponibles hacía imposible un marco de prestación libre.

La evolución económica y técnica ha permitido la concesión a nuevos operadores de la autorización para emitir. Esta revolución tecnológica junto con el impulso comunitario hacia la libre circulación y la liberalización ha conllevado que los Estados miembros abrieran el mercado a la competencia. Es importante retener este dato pues se trata de un sector con fuerte presencia de operadores públicos y de tradición monopolista. Se trata, pues, no ya de mantener y salvaguardar un mercado competitivo sino de crearlo *ex novo*.

Comparativamente, en la actualidad existe un mayor número de cadenas y nuevos servicios. Ello ha permitido la aparición y el desarrollo de importantes operadores europeos y de nuevas tecnologías, así como la garantía de un mayor pluralismo en el sector.

No obstante, este proceso de liberalización no debe necesariamente suponer la desaparición de algunos objetivos de servicio público que cumplen (o deberían cumplir) los operadores públicos. Cierta tipo de contenidos y la prestación de servicios a ciertos segmentos de la población no serán cubiertos por el juego de oferta y demanda que proporciona el mercado. La liberalización en este y otros sectores no supone pues la renuncia o el abandono de los objetivos sociales, sino la redefinición del marco jurídico de prestación de los mismos.

El modelo económico de la UE no responde exclusivamente a una visión neoliberal de la relación entre Estado y economía. Por el contrario, el Derecho comunitario al no prejuzgar el régimen de titularidad de las empresas, abre la puerta a la existencia de operadores públicos. Si es cierto que los poderes públicos gozan de ésta prerrogativa, no lo es menos que deben ejercerla en condiciones de competencia en el mercado, es decir, de manera no discriminatoria con respecto a los operadores privados. En cierta manera, se puede afirmar que el cumplimiento del marco constitucional-económico europeo no exige tanto privatizar la propiedad sino privatizar el comportamiento de los operadores públicos que deben concurrir en condiciones de relativa igualdad o, al menos, están obligados a justificar las ventajas que puedan recibir.

Esta caracterización del sector donde conviven operadores de titularidad pública u operadores financiados por el Estado y operadores privados, ha generado también una mayor preocupación por la igualdad de trato, que algunos operadores privados transmitieron a la Comisión. La gran mayoría de las denuncias se refiere a supuestas violaciones del artículo 87 del Tra-

tado CE en relación con los sistemas de financiación pública creados en favor de los servicios públicos de radiodifusión.

Para efectuar la adecuada valoración de los intereses en juego (libre competencia versus servicio público), la Comisión sitúa el papel de los organismos públicos en el contexto europeo: «los medios de radiodifusión desempeñan un papel central en el funcionamiento de las sociedades democráticas modernas, en especial en el desarrollo y transmisión de valores sociales. Por lo tanto, el sector de la radiodifusión, desde su inicio, ha sido objeto de un Reglamento específico en aras del interés general. Dicho Reglamento se ha basado en valores comunes, tales como la libertad de expresión y el derecho de réplica, el pluralismo, la protección de los derechos de autor, la promoción de la diversidad cultural y lingüística, la protección de los menores y de la dignidad humana y la protección del consumidor» [COM (2000) 580 final].

El servicio público de radiodifusión, aunque de indudable importancia económica, no es comparable al servicio público en cualquier otro sector económico. No existe ningún otro servicio que, simultáneamente, tenga un acceso tan amplio a la población, proporcione tal cantidad de informaciones y contenidos y, de este modo, transmita las opiniones individuales y la opinión pública e influya tanto en las mismas. Asimismo, la radiodifusión pública tiene un importante papel: fomentar la diversidad cultural de cada país, ofrecer programas educativos, informar objetivamente a la opinión pública, garantizar el pluralismo y facilitar de forma democrática y gratuita entretenimiento de calidad.

Además, de modo generalizado, la radiodifusión se considera una fuente de información fiable, e incluso la principal para una parte muy considerable de la población. Enriquece así el debate público y, en último término, garantiza a todos los ciudadanos un grado equitativo de participación en la vida pública.

En definitiva, la radiodifusión pública merece pues un tratamiento específico por sus propias características y por tratarse de manera más general de un servicio de interés económico general, cuya protección forma parte también del acervo comunitario (artículos 16 y 86.2. del Tratado CE).

De nuevo, según la Comisión «la interpretación de estos principios, teniendo en cuenta el carácter peculiar del sector de la radiodifusión, se recoge en el Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, anejo al Tratado CE, en el cual, tras considerar que “el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación”, se establece la posibilidad de otorgar financiación a los organismos públicos de radiodifusión.

La importancia de la radiodifusión pública para la vida social, democrática y cultural en la Unión se vio asimismo reafirmada en la Resolución del

Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 25 de enero de 1999, sobre el servicio público de radiodifusión (en lo sucesivo denominada “la Resolución”). Como destaca dicha Resolución, “un acceso amplio de los ciudadanos a los distintos canales y servicios, sin discriminaciones y en condiciones de igualdad de oportunidades, constituye una condición previa necesaria para cumplir el cometido específico de los servicios públicos de radiodifusión”. Por otra parte, los servicios públicos de radiodifusión deben seguir “aprovechando el progreso tecnológico”, poner “al alcance de los ciudadanos los beneficios de los nuevos servicios audiovisuales y de información y de las nuevas tecnologías” y emprender “el desarrollo y la diversificación de actividades en la era digital”. Por último, “es necesario que los servicios públicos de radiodifusión puedan seguir ofreciendo una programación diversificada acorde con la función que le hayan asignado los respectivos Estados miembros, a fin de atender a la sociedad en su conjunto; en este sentido es legítimo que los servicios públicos de radiodifusión hagan lo posible para llegar a una amplia audiencia”.

Dadas estas características propias del sector de la radiodifusión, un servicio público que cubra “una programación diversificada, acorde con su función”, como declara la Resolución, puede en principio considerarse legítimo si tiene por objeto establecer una programación equilibrada y variada capaz de asegurar a las emisoras públicas un cierto nivel de audiencia, garantizando así el cumplimiento de su misión, es decir, la cobertura de las necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad y la preservación del pluralismo.

Cabe señalar que los operadores comerciales, de los cuales muchos están sujetos a obligaciones de servicio público, también contribuyen al cumplimiento de los objetivos del Protocolo en la medida en que contribuyen a garantizar el pluralismo, enriquecen el debate cultural y político y amplían la oferta de programas» (aps. 11 a 14 de la Comunicación).

La Comunicación exhibe, pues, sin ambages una decidida voluntad de apoyo comunitario a los servicios públicos de radiodifusión que, de una parte deben ser objeto de un tratamiento diferenciado y por otra, contribuyen al logro de objetivos sociales que no estarían garantizados por la simple operación de las fuerzas del mercado. Esta posición de la Comisión debe tener, sin duda, su reflejo en la aplicación a la radiodifusión pública de las normas sobre ayudas estatales que analizamos a continuación.

### 2.3.2. *Exención por categoría: transferencias que no constituyen ayuda por reunir las características de un SIEG*

Con anterioridad hemos presentado la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa donde la Comisión reconocía plenamente la importancia de algunos servicios para lograr los objetivos fundamentales de la Unión Europea. Hasta tal punto ello es así que se permite la aplicación de una exención por categoría ex artículo 86.2. Además, se ha precisado

### LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...

que para que una medida pueda beneficiarse de esta excepción, es necesario que se reúnan las condiciones siguientes:

- el servicio en cuestión debe ser un servicio de interés económico general y estar definido claramente como tal por el Estado miembro (definición);
- la empresa en cuestión debe haber sido encargada explícitamente por el Estado miembro del suministro de dicho servicio (misión);
- la aplicación de las normas de competencia del Tratado (en este caso concreto, la prohibición de las ayudas estatales) debe obstaculizar el cumplimiento de las tareas específicas asignadas a la empresa y la excepción a dichas normas no debe afectar al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad (criterio de proporcionalidad).

La Comisión, al mismo tiempo que tiene potestad para regular esta exención por categoría, tiene también, como guardiana del Tratado, potestad para verificar el cumplimiento de estos criterios. Sin embargo, al tratarse de una exención por categoría, se excluyen las obligaciones procedimentales de notificación.

Según la Comunicación «en el caso concreto de la radiodifusión pública, este planteamiento debe adaptarse en vista de las disposiciones interpretativas del Protocolo, que contempla la “función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro” (definición y misión) y establece una excepción a las normas del Tratado sobre la financiación de los servicios públicos de radiodifusión “en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público [...] y [...] no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público” (proporcionalidad)». Por tanto, debe efectuarse una interpretación conjunta entre el artículo 86 y el Protocolo sobre el sistema de radiodifusión anejo al Tratado de Ámsterdam.

#### 2.3.2.a. Definición de misión de servicio público

La exigencia de una definición oficial pública de la misión de servicio público debe permitir a la Comisión evaluar si la excepción del apartado 2 del artículo 86 es aplicable a sus decisiones con un mínimo de seguridad jurídica. Según el apartado 37 de la Comunicación «la definición de misión de servicio público debe ser tan exacta como sea posible. No debe dejar ninguna duda sobre si el Estado miembro pretende que se incluya o no en la misión de servicio público determinada actividad realizada por el operador al que se encomienda dicha misión. A falta de una definición clara y precisa de las obligaciones impuestas al organismo público de radiodifusión, la Comisión no estaría en condiciones de llevar a cabo las tareas que le asigna el apartado 2 del artículo 86, y no podría, por lo tanto, conceder ninguna exención en virtud de dicha disposición».

Por tanto, a falta de una definición clara y precisa de la misión de servicio público, las ayudas no podrán acogerse a la exención por categoría. La precisión y la claridad son trascendentes no sólo para permitir a la Comisión ejercer su control sino también para la adecuada convivencia de los sectores público y privado en el mercado televisivo. Así, una vez clarificado el servicio público las cadenas privadas pueden planificar su oferta de manera más rigurosa, permitiendo un espacio de oferta para cada actividad.

«La definición de misión de servicio público incumbe a los Estados miembros, que pueden tomar decisiones en la materia en el ámbito nacional, regional o local. En general, esta competencia debe ejercerse teniendo en cuenta el concepto comunitario de “servicios de interés económico general”. Sin embargo, dada la naturaleza específica del sector de la radiodifusión, y teniendo en cuenta las disposiciones interpretativas del Protocolo, cabe considerar legítima con arreglo al apartado 2 del artículo 86 una definición “amplia”, que confíe a un operador determinado la tarea de ofrecer una programación equilibrada y variada, acorde con su función, manteniendo al mismo tiempo un cierto nivel de audiencia. Dicha definición sería coherente con el objetivo de garantizar la satisfacción de las necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad y garantizar el pluralismo, incluida la diversidad cultural y lingüística» (ap. 33).

«Del mismo modo, la misión de servicio público podría incluir ciertos servicios que no son “programas” en el sentido tradicional, por ejemplo, los servicios de información en línea, en la medida en que subvienen –teniendo también en cuenta el desarrollo y la diversificación de actividades en la edad digital– las mismas necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad» (ap. 34).

De la Comunicación se desprende, pues, un ámbito de discrecionalidad importante a los Estados miembros en la definición de la misión de servicio público. Se define pues un sistema bifásico entre Estados miembros e instituciones europeas en lo que a la exención se refiere. Por una parte, los Estados gozan de amplia discreción en la delimitación del servicio, por otra, la falta de definición del mismo implica una penalización importante: las ayudas no se considerarán como exentas de forma automática. Así, en realidad se impulsa a los Estados a definir de manera extensa la amplitud del servicio público puesto que esas actividades quedarán en cierta manera protegidas por el criterio de no examen de las ayudas que ofrece la Comisión. Específicamente la Comunicación menciona como legítima la definición amplia.

Como apunta CARRO MARINA, «la cuestión de la noción de interés general es el lugar de conflicto de competencia entre autoridades estatales y las instituciones comunitarias, siendo la opinión mayoritaria de la doctrina la que parece considerar que el interés económico general debe apreciarse a nivel nacional, con el límite de preservar el interés de la Comunidad, en el sentido establecido en el art. 90.2. Según el tenor del precepto parece que son, en efecto, los Estados quienes definen ese interés público cuando encomiendan misiones específicas a las empresas a las que conceden las ayudas;

y que es la Comisión quien sanciona la definición otorgando o denegando la exención. Todo ello, con el control del Tribunal de Justicia. Tales premisas parecen haber cambiado, sin embargo, cuando se habla del servicio público de televisión. Tanto el Parlamento europeo como la Comisión declaran respetar la autonomía de los Estados para establecer libremente el régimen de financiación de la televisión pública. Ahora bien, aun cuando la Comisión haya mantenido un prudente silencio sobre la noción de televisión de servicio público, no ha hecho lo mismo el Parlamento europeo, quien se ha referido explícitamente a las misiones de interés público de la televisión en el informe aprobado el 19 de septiembre de 1996. Las consecuencias pueden ser importantes aun cuando los Estados sigan teniendo libertad para financiar las cadenas de servicio público, y aunque no hayan sido establecidas de manera vinculante las misiones de interés general que justifiquen una financiación extra de dichas televisiones, esas misiones no deberían apartarse mucho de los criterios consensuados políticamente en el ámbito de la Unión Europea»<sup>9</sup>.

El servicio público radiotelevisivo, además, no debe circunscribirse a actividades claramente marginales. Puede combinarse perfectamente, a criterio de la Comisión, la protección del servicio y el mantenimiento de un nivel de audiencia. El servicio público puede, pues, incluir una programación equilibrada y variada. En este punto, se abre una cierta duda a la posibilidad de reintroducción de las subvenciones cruzadas para la garantía del servicio. El razonamiento que parece ampara la Comunicación es el de incluir dentro del servicio un conjunto amplio de programas (algunos deficitarios pero otros no), para así garantizar la viabilidad económica del conjunto. Con este criterio se evitaría la posición marginalizada de unos contenidos exclusivamente deficitarios pero socialmente convenientes. La Comisión parece confundir pues los criterios de programación con los criterios de financiación puesto que una cosa es que las cadenas públicas ofrezcan variedad de programas y la otra que a efectos de control de las ayudas, la definición del servicio público pueda incluir contenidos que *per se* prestaría el mercado de forma natural o espontánea (ya sea por los operadores privados como por los mismos operadores públicos).

De esta guisa, la tarea de la Comisión se limita a un examen formal: «el papel de la Comisión se limita al control de errores manifiestos. No corresponde a la Comisión decidir si debe emitirse un programa por motivos de servicio de interés económico general, ni ocuparse de la naturaleza o calidad de un determinado producto. Habría, sin embargo, error manifiesto en la definición de misión de servicio público si ésta incluyera actividades de las que no pudiera razonablemente considerarse que satisfacen –en los términos del Protocolo– las “necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad”. Este sería en general el caso, por ejemplo, del comercio

<sup>9</sup> CARRO MARINA, M. «La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión. El caso español» en MUÑOZ MACHADO, S. Derecho europeo del audiovisual. Madrid, 1997, pg. 413.

electrónico. A este respecto, debe recordarse que la misión de servicio público describe los servicios ofrecidos al público en interés general. La cuestión de la definición de la misión de servicio público no debe confundirse con la del mecanismo financiero elegido para prestar estos servicios. Por lo tanto, si bien los operadores de servicio público pueden realizar actividades comerciales tales como la venta de espacios publicitarios para obtener ingresos, dichas actividades no pueden en principio considerarse parte de la misión de servicio público» (ap. 36).

Como ha indicado DE LA QUADRA, existe una tensión entre la definición del servicio público por la calidad general o por la naturaleza de los programas: «Excluir los programas de entretenimiento del concepto de servicio público significa hacer de la televisión pública una televisión marginal si no los ofrece; y si los ofrece sólo mediante la financiación de la publicidad supone renunciar a concebir esos programas con unas obligaciones de calidad que no vengan predeterminadas sólo por la demanda de la audiencia, de cara a conseguir los mayores niveles que permitan mayor rentabilidad a la publicidad. En el seno de los programas de entretenimiento anidan obligaciones de servicio público que radican en la calidad y dignidad de los programas y en la necesidad que una televisión pública tiene que ofrecer esos programas para mantener su presencia en el mercado ofreciendo un producto completo. Incluso en programas deportivos –en los que la calidad no puede ser el signo distintivo pues en principio lo que se ofrece es lo que hacen los deportistas (la mayor o menor habilidad del realizador no puede ser en esto un signo distintivo del servicio público)– la calidad puede traducirse, en cambio, en una disminución importante del número de cortes publicitarios. Ahora bien, si se admitiese que la obligación de servicio público en programas de entretenimiento está en la calidad de los mismos, entonces resulta difícil de imaginar a la Comisión europea considerando y midiendo la dosis de servicio público que existe en cada programa»<sup>10</sup>.

Retomaremos más adelante este argumento.

### 2.3.2.b. Servicio público y supervisión independiente

Además de la fijación de los contenidos por parte de las Administraciones nacionales, es preciso, para poder gozar de la excepción por categoría que la misión de servicio público se formalice mediante un instrumento oficial (por ejemplo, legislación, contrato o pliego de condiciones). De este modo, se abre también la posibilidad de control por parte de la jurisdicción nacional.

Todo el conjunto, sin embargo, requiere por ende de una organización administrativa específica con determinadas características. «no basta con que el organismo público de radiodifusión haya sido encargado formalmente de la prestación de un servicio público bien definido. Es además

<sup>10</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «Informe preliminar sobre el régimen jurídico de lo audiovisual» en Institut d'Estudis Autònoms. El régimen jurídico del Audiovisual. Marcial Pons/Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000, pgs. 42-43.

### *LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...*

necesario que el servicio público se preste efectivamente según las modalidades previstas en la disposición formal entre el Estado y la empresa encargada del servicio. Para ello, es conveniente que una autoridad competente u organismo designado al efecto controle su aplicación. La necesidad de dicha autoridad competente u organismo responsable de la supervisión es evidente en el caso de las normas de calidad impuestas al operador al que se confía la misión. De conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre los principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital, no corresponde a la Comisión pronunciarse sobre el cumplimiento de las normas de calidad: la Comisión debe poder basarse en una supervisión adecuada por parte de los Estados miembros.

Incumbe a los Estados miembros elegir el mecanismo destinado a garantizar un control eficaz del efectivo cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Sólo podrá considerarse que este organismo desempeña eficazmente su papel en la medida en que sea independiente de la empresa encargada del servicio» (aps. 41 y 42 de la Comunicación).

Dos aspectos merecen el comentario en este apartado. En primer lugar, queda claro que la Comisión no controla el fondo de la definición de la misión de servicio público pero encarga a las autoridades audiovisuales nacionales ese control. Que las instituciones europeas no asuman el control de los contenidos no significa que todo pueda valer. Serán las autoridades nacionales las que controlen la efectiva prestación de la misión de servicio público. En segundo lugar, no sirve cualquier tipo de autoridad sino que se exige que se trate de una autoridad (administrativa o no) independiente. En los casos en los que la misión de servicio público se encomiende al operador público (como así será de forma natural), la autoridad debe ser estrictamente independiente del Gobierno. Nada obsta, en principio, para que el organismo sea un organismo autoregulador con participación de todos los operadores.

Al igual que la consecuencia del incumplimiento del deber de definición del servicio público comportaba la inaplicabilidad de la exención por categoría, la falta de control de una autoridad nacional independiente conlleva el mismo efecto: se pierde la posibilidad de acogerse a la exención automática de las ayudas. El incentivo, pues, para los Estados miembros no es nada desdeñable.

#### 2.3.2.c. Financiación de los servicios de radiodifusión públicos y prueba de proporcionalidad

Las obligaciones de servicio público pueden ser tanto cuantitativas como cualitativas, o ambas cosas a la vez. Independientemente de su naturaleza, pueden justificar una compensación en la medida en que generen costes suplementarios en los que el organismo de radiodifusión no habría incurrido en condiciones normales.

Los sistemas de financiación pueden dividirse en dos grandes categorías:

–**sistemas de «financiación única»** incluye los sistemas en que los organismos públicos de radiodifusión se financian únicamente mediante fondos públicos, en cualquiera de sus formas.

–**sistemas de «doble financiación»**: incluye numerosos sistemas en los que los organismos públicos de radiodifusión se financian mediante diferentes combinaciones de fondos públicos e ingresos por actividades comerciales, tales como la venta de espacios publicitarios o de programas.

La elección del sistema de financiación es competencia del Estado miembro, y la Comisión no plantea en principio ninguna objeción a la elección de un sistema de doble financiación. Existe por tanto libertad de parte de los Estados miembros en la determinación del sistema de financiación. Distinto es, en cambio, si la financiación puede o no afectar de manera injustificada y desproporcionada a la competencia dentro del sector. En este aspecto, la Comisión goza de cierto poder de apreciación.

Para que la Comisión pueda valorar el carácter proporcional o no de la ayuda, se requiere una definición clara y precisa del concepto de «misión de servicio público» y por tanto de los espacios deficitarios que hay que subvencionar así como una separación clara y adecuada entre las actividades de servicio público y las actividades que no son de servicio público<sup>11</sup>. Esta separación de cuentas de explotación es fundamental para que la Comisión pueda realizar su test de proporcionalidad. Solamente sobre la base de una asignación adecuada de los costes e ingresos es posible determinar si la financiación pública se limita verdaderamente a los costes netos derivados de la misión de servicio público y puede, por lo tanto, autorizarse en virtud del apartado 2 del artículo 86 y del Protocolo.

Esta exigencia de separación se aplica de forma generalizada como requisito de transparencia en las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas públicas y dentro de las empresas a las que se atribuyen derechos especiales o exclusivos o se encomienda la realización de un servicio de interés económico general y se regulan de manera genérica en la Directiva 80/723/CEE. El contenido de la Directiva es plenamente aplicable a los organismos públicos de radiodifusión. De manera sintética, se exige que:

- se separen las cuentas internas correspondientes a las distintas actividades;
- todos los ingresos y gastos se consignen o asignen correctamente sobre la

<sup>11</sup> Según ABAD ALCALÁ «la Televisión pública debiera caracterizarse en primer lugar por tener como criterio último de actuación buscar exclusivamente fines de servicio público, con lo que su programación tiene un neto carácter informativo, educativo y cultural. Es por ello que el objetivo de este modelo televisivo no es la búsqueda de la rentabilidad sino la consecución de ciertos fines no evaluables de forma monetaria. Su misión por tanto se centrará no en la obtención de altas cuotas de audiencia sino en ofertar ciertos contenidos que no existen en el resto de cadenas privadas por su escasa rentabilidad» ABAD ALCALÁ, L. El servicio público de televisión ante el siglo XXI. Dykinson, Madrid, 1999, pg. 119.

base de principios de contabilidad analítica aplicados de manera coherente y objetivamente justificables;

–se establezcan claramente los principios de contabilidad analítica con arreglo a los cuales se mantienen las cuentas separadas.

Dichas obligaciones de separación contable se aplican a los organismos públicos de radiodifusión, en la medida en que se beneficien de ayudas estatales y estén encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general. Existen, sin embargo dos excepciones destacables:

–no se aplica la obligación de separación contable cuando las ayudas se hayan fijado por un período apropiado con arreglo a un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio.

–no están obligados a llevar cuentas separadas los organismos públicos de radiodifusión cuyas actividades se circunscriban exclusivamente al suministro de servicios de interés económico general y que no ejerzan actividades fuera del ámbito de aplicación de dichos servicios.

La separación de cuentas no plantea ningún problema particular por el lado de los ingresos, pero puede resultar difícil o incluso inviable por el de los costes. Pensemos en los sueldos de los trabajadores que se computan igual con independencia de si el, por ejemplo, técnico de sonido, está trabajando en un programa considerado de servicio público. Además, cuando se realice una definición amplia de servicio público que abarque toda o gran parte de la programación, la explotación comercial de los programas puede incluir ingresos difícilmente escindibles que compartan las fuentes de financiación. Se demuestra de esta manera, a pesar de que la Comisión no lo admita, que la definición amplia de los contenidos de servicio público puede frustrar la actividad de control de las ayudas en sede comunitaria. Además, y éste es otro tema importante, la definición amplia de servicio público puede suponer una limitación de acceso de los operadores privados que pueden ver copado el mercado<sup>12</sup>.

Por estos motivos, la Comisión considera que, «en el lado de los ingresos, los operadores de radiodifusión deben presentar un informe detallado sobre las fuentes y cuantía de todos los ingresos derivados de la realización de actividades distintas del servicio público. En el lado de gasto, deben determinarse con claridad los costes específicos de las actividades ajenas al servicio público. Además, siempre que los mismos recursos –personal, equipo, material fijo, etc.–se utilicen para llevar a cabo tareas de servicio público y tareas ajenas al mismo, sus costes deben asignarse a partir de la diferencia en los costes totales para la empresa con y sin actividades de servicio público. Esto implica que, contrariamente al planteamiento generalmente empleado en otros servicios públicos, los costes enteramente atribuibles a actividades de

<sup>12</sup> PADRÓS REIG, Carlos y ROCA SAGARRA, Joan «El control de las condiciones de acceso en el proceso de liberalización del sector postal» Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia, n° 239, 2005.

servicio público y que al mismo tiempo beneficien también a actividades comerciales no tienen por qué repartirse entre ambas actividades, sino que pueden asignarse íntegramente al servicio público. Éste podía ser el caso, por ejemplo, de los precios de coste de un programa emitido dentro de la misión de servicio público, pero también vendido a otros operadores. El principal ejemplo, sin embargo, sería el de la audiencia, que se genera tanto para cumplir la misión de servicio público como para vender espacios publicitarios. Una distribución exhaustiva de los costes entre ambas actividades podría resultar arbitraria y carecer de sentido. Sin embargo, la asignación de costes desde el punto de vista de la transparencia de cuentas no debe confundirse con la recuperación de costes a la hora de definir políticas de precios» (aps. 54 a 56).

Ciertamente, una vez que los Estados han cumplido con las obligaciones formales (definición del servicio y existencia de supervisión en la ejecución por parte de una autoridad independiente), queda para la Comisión el test de proporcionalidad que resulta altamente complejo. Ante una delimitación clara y precisa del alcance del servicio público, mayor claridad en la apreciación de la Comisión. Por el contrario, los Estados que realicen una definición expansiva y confusa de lo que es el servicio público radiotelevisivo, no sólo gozarán de un mayor margen de actuación sino que en cierta medida dificultarán el control de la proporcionalidad de la financiación por parte de la Comisión. El sistema resulta algo perverso puesto que, en cierta manera, premia a los ordenamientos que sean más protectores de su *statu quo*.

Según ABAD ALCALÁ, el principio de proporcionalidad puede subdividirse en otros tres:

–**Principio de idoneidad:** adecuación entre el medio y el fin. En el caso que nos ocupa debemos valorar si la intervención del Estado en el mercado de la televisión mediante la dación de ayudas públicas a las cadenas públicas se legitima en función de los fines serviciales públicos que éstas deben desempeñar.

–**Principio de necesidad:** exigencia del medio menos lesivo. Consistiría en considerar si la consecución de tales fines asociados al servicio público justifican la existencia de medios de titularidad pública, o sería menos lesivo para el Estado que fuesen los medios privados quienes mediante una legislación al respecto se obligaran –mediante una oportuna contraprestación pública– al cumplimiento de tales misiones de servicio público.

–**Principio de proporcionalidad sensu stricto:** relación apropiada coste-beneficio<sup>13</sup>.

La proporcionalidad, en definitiva se calcula en base a los costes netos que debe asumir el organismo de radiodifusión para cumplir sus obligaciones de servicio público. Esta fórmula podría fomentar la asunción desmesurada

<sup>13</sup> ABAD ALCALÁ, L. El servicio público de televisión ante el siglo XXI. Dykinson, Madrid, 1999, pg. 152.

de costes en la parte no comercial del negocio puesto que siempre se contaría con una ayuda para sufragar las pérdidas. Así, junto con el criterio de costes se analizan también los costes medios de la parte comercial. Si resulta que los costes de una y otra cuenta son demasiado desequilibrados, tendremos un indicador de desproporción.

La Comisión establece también un sistema de relación entre ingresos. Para calcular la proporcionalidad de la ayuda se, tienen asimismo en cuenta los demás ingresos directos o indirectos procedentes de dicha función. Por lo tanto, el beneficio neto que las actividades no de servicio público obtienen de la actividad de servicio público se tendrá en cuenta a la hora de evaluar la proporcionalidad de la ayuda. En otras palabras, las obligaciones de servicio público deficitarias pueden influir también en los resultados de la parte comercial. Se trataría de un supuesto donde el servicio público funciona razonablemente bien en la partida de ingresos general. En esos casos, se penaliza el importe que puede recibirse como ayuda proporcional lo que en cierta manera condena a la programación de servicio público al déficit permanente y penaliza los buenos resultados.

La Comisión finaliza su análisis de proporcionalidad en la Comunicación que presentamos con el supuesto de falseamiento del mercado: «un operador de servicio público, en la medida en que su lucro cesante se compense por la ayuda estatal, podría, por ejemplo, tener interés en provocar una caída de los precios en el mercado de la publicidad a fin de reducir los ingresos de sus competidores. Este comportamiento por parte de un organismo público de radiodifusión, en caso de demostrarse, no podría considerarse inherente a la misión de servicio público que se le ha encomendado. Cuando un organismo público de radiodifusión reduce los precios del mercado publicitario por debajo de lo necesario a fin de recuperar los costes de una actividad aislada, que un operador comercial eficaz, en situación similar, tendría por lo general que recuperar, tal práctica pone de manifiesto una sobrecompensación de las obligaciones de servicio público y, en cualquier caso, afecta “a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado contrario al interés común”, infringiendo, por tanto, el Protocolo.

Por consiguiente, a la hora de realizar la prueba de proporcionalidad, la Comisión estudiará si puede o no justificarse un falseamiento de la competencia debido a la ayuda, dada la necesidad de prestar el servicio público definido por el Estado miembro y proveer su financiación. En su caso, la Comisión tomará medidas con arreglo a otras disposiciones del Tratado» (aps. 58 y 59).

«En su evaluación, la Comisión tendrá en cuenta que, en la medida en que una ayuda estatal sea necesaria para poder asumir una obligación de servicio público, el sistema en su conjunto podría también tener como efecto positivo el mantenimiento de una oferta alternativa en algunos de los mercados de referencia. No obstante, este efecto tiene que contrastarse con los posibles efectos negativos de la ayuda en el sentido de impedir el acceso de

otros operadores a estos mercados, reforzando así una estructura más oligopolística del mismo, o llevar a un posible comportamiento contrario a la competencia de los operadores de servicio público en los mercados de referencia (ap. 60).

Para ORTIZ BRU, la Comunicación de la Comisión obvia el contenido del Protocolo, limitándose a rastrear las normas de competencia del Tratado para alcanzar una base jurídica en la que fundamentar su potestad de control: «el contenido de la Comunicación se centra en el estudio de la aplicabilidad al caso de las radiodifusiones públicas, de las distintas normas del Tratado, buscando encaje en alguna de ellas y encontrando ésta en el artículo 86.2, dando así cumplimiento al mandato en el marco de las normas sobre competencia establecidas en los tratados. Establecer la base jurídica exclusivamente sobre el articulado del Tratado obviando la especificidad introducida por el Protocolo no sólo tiene consecuencias sobre la solidez de la base jurídica que ampara los servicios públicos de radiodifusión sino que también afecta a los criterios para determinar la compatibilidad de la financiación de estos servicios con el interés común, pervirtiendo la carga de la prueba.

La base jurídica elegida intencionadamente por la Comisión, permite a ésta atribuirse por vía indirecta, competencias para estudiar la proporcionalidad de la misión de servicio público encomendada o determinar si la misma sobrepasa el ámbito de la radiodifusión, al que según la Comisión debe quedar expresamente limitada, conculcando, por esta vía, el mandato legislativo de la atribución, definición y organización en exclusiva por los Estados miembros de la función de servicio público en el ámbito radiotelevisivo. Este reenvío del contenido de la norma interpretativa al artículo regulador de los servicios de interés económico y, en consecuencia, al control de la compatibilidad no coincide con el que expresamente se manifiesta en el Protocolo en el que se señala que es la financiación de los servicios públicos de radiodifusión la que está sujeta a la prueba de compatibilidad en tanto que es potestad de los Estados la definición, atribución y organización de la misión de servicio público»<sup>14</sup>.

### 3. DECISIONES RECIENTES DE LA COMISIÓN

#### 3.1. Decisión de 15 de octubre de 2003 (RTP)<sup>15</sup>

*La Sociedade Independente de Comunicaçao* (SIC), propietaria de una cadena de televisión privada en Portugal, presentó varias denuncias contra RTP por la percepción de ayudas de Estado a las actividades de radiodifusión. Me-

<sup>14</sup> ORTIZ BRU, C. «La Televisión pública y su financiación» en VILLAR URIBARRI, J. M. (Dir.) *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Aranzadi, Pamplona, 2003, pg. 468.

<sup>15</sup> Decisión C(2003) 3526 final DOCE L 142/1 de 6 de junio de 2005.

diante carta de 15 de noviembre de 2001, la Comisión comunicó la decisión de iniciar el procedimiento que culmina con la presente Decisión.

RTP recibió entre 1992-1998 un total de 66.495 millones de escudos en concepto de ayudas anuales, además de otros beneficios (exención de impuestos y régimen de seguridad social, entre otros). En 1991 se produce una separación entre las actividades propiamente de emisión y la gestión de la infraestructura, en el marco de un proceso de liberalización. RTP se desprende pues de la red que pasa a ser propiedad de Teledifusora de Portugal (TDP), compañía pública que después de un progresivo proceso de privatización se sitúa hoy en manos totalmente privadas. Se establece un canon de interconexión para todos los operadores que RTP no satisface a pesar de que la Ley 58/90 establece que los operadores privados pueden perder su licencia de emisión si no satisfacen ese canon al gestor de la red.

Además de ello, después de la aprobación de un plan de reestructuración, el Estado portugués ha hecho aportaciones de capital a RTP por un valor de 46.800 millones de escudos.

RTP fue un monopolio público hasta 1980. A partir de 1990 se introduce competencia por parte de operadores privados en el mercado televisivo portugués (SIC y TVI) obtienen la licencia de un tercer y cuarto canal respectivamente. La Ley 21/1992 convierte RTP en una sociedad mercantil privada y les encarga la emisión de programas comerciales a la vez que el servicio público de televisión.

RTP debe prestar unos servicios de televisión pública, cuya definición, atribución y financiación se regula en diversos actos jurídicos. La Ley 58/1990, que regula el ejercicio de la actividad televisiva, estableció las normas aplicables a los operadores privados, instituyendo para el Estado la obligación de garantizar un servicio público de televisión. La Ley 21/1992 relativa a los estatutos de RTP determina las principales obligaciones del servicio público y su financiación. El artículo 4 de la citada Ley establece que debe celebrarse un contrato de concesión entre el Estado y RTP y determina las principales obligaciones de servicio público que deben respetarse con arreglo a dicho contrato. El artículo 4, apartado 2, enuncia los principios generales a los que debe ajustarse RTP en el ejercicio de su actividad de concesionaria. El artículo 4, apartado 3, expone las obligaciones del servicio público de televisión.

Los Contratos de servicio público confirman las obligaciones de servicio público de RTP. En primer lugar, RTP está sujeta a obligaciones de carácter general y a obligaciones sobre el contenido de los programas. En segundo lugar, los contratos imponen a RTP obligaciones específicas de programación. Se establecen ciertas normas de calidad de los programas (pluralismo, imparcialidad de la información, etc.) y de contenido de los mismos (nuevas películas de ficción, deporte, programas infantiles, producción y cultura portuguesas, información nacional y programas de entretenimiento). RTP debe conceder tiempo de emisión a entidades determinadas, apoyar al cine

y las otras formas de producción y expresión audiovisual, fomentar la producción de programas educativos o formativos, intercambiar programas con las Regiones autónomas y promover la cooperación con otros organismos que presten servicio público de televisión en la Unión Europea.

Por otra parte, RTP debe cumplir obligaciones específicas de programación en el marco de la cooperación internacional. Por ejemplo, RTP debe producir y emitir programas para las comunidades portuguesas que viven en el extranjero, los países africanos de lengua oficial portuguesa y Macao. RTP debe garantizar el funcionamiento de RTP Madeira y RTP Azores y mantener sus centros de producción y sus delegaciones en el extranjero.

En tercer lugar, los contratos imponen a RTP obligaciones específicas. Por ejemplo, RTP debe conservar archivos audiovisuales, introducir innovaciones técnicas en su material y en sus actividades, apoyar la Fundación del Teatro Nacional de San Carlos y prestar otros servicios que deben precisarse específicamente (aps. 51 a 53). A pesar de ello, la Comisión critica en el apartado 171 de la Decisión algún ámbito de imprecisión que todavía subsiste: «No obstante, la Comisión considera que la obligación legal impuesta a RTP de prestar “otros servicios por especificar sobre una base *ad hoc*” no es suficientemente precisa para permitirle apreciar a priori, con una seguridad jurídica suficiente, si estos servicios pueden ser considerados de servicio público. Aunque la Comisión considere que los “otros servicios por especificar” no estén claramente definidos, observa que no se efectuó ningún pago en virtud de esta disposición durante el período investigado».

De todo ello, queda claramente establecido que RTP es el operador público encargado del desarrollo de la misión de servicio público. Se crea también de acuerdo con la legislación portuguesa un organismo de supervisión llamado Consejo de la Opinión Pública encargado de controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

En lo que refiere a la financiación, RTP recibe fondos públicos a la vez que emite publicidad. Se trata por tanto de un sistema de financiación mixta. Con el fin de determinar los ingresos y gastos de las obligaciones derivadas de la condición de servicio público elegibles a efectos de la indemnización compensatoria, RTP utiliza un sistema de contabilidad analítica de costes. Los contratos precisan los criterios que deben aplicarse para calcular los costes que pueden considerarse con respecto a cada obligación de servicio público.

La decisión aporta en su apartado 66 un detalle de los costes de las emisiones de servicio público, distinguiendo para ello varios conceptos: teletexto; funcionamiento de RTP internacional: RTP África; Azores y Madeira; Archivos audiovisuales; Cooperación con países de habla portuguesa en África; Diferencia de cobertura; Delegaciones y corresponsalías; Fundación Teatro Nacional San Carlos; Promoción del cine; Funcionamiento de centros regionales autónomos; Emisiones para entidades específicas; Costes netos de funcionamiento RTP1; Costes netos de funcionamiento RTP2.

### LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...

La suma de todas las partidas permite identificar los costes del servicio público a lo largo de los años analizados (en millones de escudos):

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
6.718,2	7.960,0	8.384,1	8.103,3	17.217,1	37.972,1	30.010,3

Las partidas no tienen la misma importancia entre ellas. Así, resulta llamativo que los conceptos de contribuyen más fuertemente a la generación de pérdidas son el funcionamiento de RTP internacional y el mantenimiento de centros regionales autónomos. Mientras que estos últimos son bastante constantes en el tiempo, los primeros aumentan de manera sostenida dentro del período. Respecto a las cifras globales, se produce un salto cuantitativo destacable en 1996, 1997 y 1998. En estos tres años empieza a contabilizarse dentro de la partida de gasto, el funcionamiento mismo de la cadena. Es decir, a partir de 1996 se imputan al servicio público una parte de los costes generales de explotación. Si descontáramos esta operación las cifras guardarían cierta correlación con los años precedentes: 1996 = 8.166,5; 1997 = 10.945,4; 1998 = 9.456,1.

Todos estos elementos, junto con el indiscutible carácter de la ayuda pública configuran el marco de análisis de la Comisión para determinar si las ayudas son proporcionales y por tanto puede admitirse como una excepción de las previstas en la Comunicación sobre ayudas y más generalmente en el art. 86.2 del Tratado. RTP supera holgadamente el test de proporcionalidad puesto que si sumamos los costes de operación del servicio público durante los años analizados, arroja un importe global de 116.456,1 millones de escudos. Las ayudas objeto de la Decisión (66.495 en concepto de subvenciones y 46.800 en concepto de aportaciones de capital) suman 113.295 millones de escudos con lo que en realidad no se cubre aún el coste total del mantenimiento de la cadena (aunque puede concluirse lo contrario si se contabilizan estrictamente los costes derivados de las obligaciones de servicio público).

En definitiva, a pesar de la superficialidad del análisis, concluye la Comisión que:

«1. La ayuda estatal que Portugal concedió a RTP por un importe de 68.006 millones PTE en forma de un acuerdo con la seguridad social en 1993, de inyecciones de capital en 1994-1997 y de un préstamo en 1998, es compatible con el mercado común según lo dispuesto en el artículo 86, apartado 2, del Tratado, dado que no produjo una compensación excesiva de los costes netos de las funciones de servicio público confiadas a RTP.

2. No constituyen ayuda estatal las medidas de exención de los gastos de notario y registro, el pago por la transferencia de la red de difusión de la señal televisiva, las facilidades concedidas para el pago del canon anual por la utilización de la red, el protocolo de apoyo al cine, la emisión de obligaciones y el plan de reestructuración para 1996-2000».

La Decisión resulta importante por varias razones. Constituye un ejemplo de análisis contable separado entre servicio público y servicio comercial, permitiendo así detallar los gastos correspondientes a cada partida. También permite efectuar una delimitación negativa del concepto de ayudas puesto que de las múltiples medidas aplicadas a RTP, la Comisión considera que alguna de ellas no pueden calificarse como ayudas, pese a tener una indudable trascendencia económica.

Además, como colofón, pese a que se presenta detallada la partida de gastos por operación del servicio público no sabemos con certeza qué proporción representan sobre el total de los costes de explotación de las cadenas, cosa que sí podrá argumentarse en el caso francés. Finalmente, es sorprendente que se asuma que el servicio público no produce ningún ingreso en absoluto puesto que para el cálculo de proporcionalidad no se tiene en cuenta más que las ayudas, las aportaciones de capital y un préstamo solicitado por la cadena.

### **3.2. Decisión de 15 de octubre de 2003 (RAI)<sup>16</sup>**

El 17 de junio de 1996, RTI SpA, empresa que controla tres cadenas de televisión privada en Italia y que pertenece al grupo Mediaset, presentó una denuncia por varias medidas que el Estado había adoptado a favor del organismo público italiano de radiodifusión RAI.

La Constitución de la República Italiana de 1948 establece que el fundamento de la existencia de un operador radiotelevisivo público se encuentra en la garantía de los principios de libertad de expresión y el derecho a la información. En base a esta fundamentación constitucional la Ley 103/1975 concreta el servicio público de televisión a la vez que lo confiere en monopolio a la RAI como empresa de interés nacional concesionaria del servicio. En 1976 y 1981, sendas sentencias del Tribunal Constitucional respaldaron el monopolio público aunque de forma temporal. No es hasta la Ley 223/1990, Ley de normativa del sistema de radiotelevisión pública y privada, cuando se abre la posibilidad a la operación de concesionarios privados (que de facto ya emitían a escala local). En esta situación, el Estado ha firmado sucesivos convenios con la RAI (1988, 1992 y 1995) donde se establece la reserva para el organismo público de tres emisoras de radio y de tres canales de televisión. Junto con el encargo para desarrollar el servicio público, a partir de 1992 se permite también el desarrollo de actividades comerciales que no responden a la definición del servicio público.

Al igual que la anterior Decisión RTP, la Decisión sobre la RAI examina una panoplia de medidas que según la denunciante vulneran las normas de competencia: el canon de televisión, exenciones fiscales, ampliación de capital, préstamos y una operación de factoring. La Decisión excluye como ayudas la reducción del canon, la operación de factoring y un préstamo, mien-

<sup>16</sup> DOCE L 119/1 de 23 de abril de 2004. Expediente C(2003), 3528.

tras que las restantes operaciones se examinan tomando como referencia el lapso temporal 1992-1995.

El canon de financiación constituye el mecanismo más importante de financiación de la RAI. La presente Decisión no aborda las cuestiones relativas a la naturaleza legal y la afectación a la competencia que puede suponer la percepción de dicho canon. Se trata de ayudas ya existentes y deben examinarse en el marco de un procedimiento distinto en virtud del art. 17 del Reglamento CE 659/1999. Sin embargo, la percepción del canon debe ser tenido en cuenta en el cálculo de proporcionalidad para determinar la legalidad de las demás medidas financieras.

En 1993 se promulgó el Decreto Ley 558/1993. Mediante esta norma se permitió que la RAI efectuara una revalorización de los activos y no se tributó la correspondiente plusvalía por el aumento de valor. «En consecuencia, aunque la exención fiscal de la revalorización de los activos de la RAI no constituye un gasto directo, tiene no obstante una repercusión directa en el presupuesto del Estado. En tal caso, en efecto, el Estado renuncia a un ingreso fiscal al que tiene legalmente derecho y que normalmente habría exigido. El Tribunal de Justicia (Asunto C-6/97, República Italiana c. Comisión) ha sostenido reiteradas veces que “una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado”. Por lo tanto, la presente medida se concedió utilizando recursos públicos» (ap. 64).

«La medida puede aportar una ventaja económica a la RAI por cuanto elimina un elemento de coste de la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa. Cualquier otra empresa habría abonado al Estado la suma correspondiente al tipo impositivo normal por la revalorización de sus activos, soportando en consecuencia los oportunos desembolsos. En virtud del Decreto Ley 558/1993 la RAI pudo evitar el pago de estos impuestos, beneficiándose directamente de una ventaja financiera y económica a la que no habría podido tener acceso ninguna otra empresa en una situación similar. Considerando que la competencia se falsea toda vez que una ayuda refuerza la posición de la empresa beneficiaria con relación a sus competidores, esta ventaja puede falsear la competencia entre la RAI y las demás empresas» (ap. 65).

El cálculo del importe de este tipo de ayuda no aparece especialmente detallado en el examen de la Comisión. Si atendemos a las observaciones de las partes interesadas, resulta que «Mediaset mantiene que la exención fiscal de la revalorización de los activos supuso un beneficio aproximado de 450,6 mil millones de liras italianas a favor de la RAI. Además, la reserva creada a raíz de la revalorización se utilizó asimismo para reconstruir el capital de la RAI, que tendría que haber estado sujeto a un impuesto de registro del 1%.

La exención generó pues un beneficio de 1,2 mil millones de liras italianas» (ap. 47).

La Decisión examina a continuación la conversión en 1995 del canon de concesión para 1992 y 1993 en un préstamo a favor de la Caja de Depósitos y Préstamos. Existen por lo tanto dos tipos de cánones que no debemos confundir: de una parte, el Estado abona a la RAI el importe del llamado canon de televisión que es una tasa cobrada a los tenedores de aparatos de televisión. De otra parte, ya que la RAI es concesionaria de un servicio público abona al Estado un canon concesional fijado en el contrato de concesión mismo. En 1995, el Estado convirtió el importe adeudado por ese concepto por los ejercicios 1992 y 1993 (cerca de 345.000 millones de liras), en un préstamo. La Comisión considera que se trata de una operación financiera normal: «no parece demostrado que la conversión del canon de concesión haya implicado una reducción de las sumas que la RAI habría debido pagar por el canon de concesión para los años 1992 y 1993, incluidos los intereses. Incluso admitiendo que se haya producido esta reducción, dadas las circunstancias, está claro que no pudo ser muy importante. Considerando en particular la desproporción entre el canon impuesto a la RAI y el abonado por las cadenas privadas la (eventual) reducción no hace que el canon de concesión pagado por la RAI para 1992 y 1993 sea inferior al canon adeudado por un operador privado en una situación similar y para el mismo período» (ap. 82). De hecho, la investigación revela que mientras que RAI pagaba aproximadamente 46,5 millones por cadena en concepto de canon, los privados pagaban solamente 0,5 millones. Así pues aunque al final de la vida de la operación financiera el canon real satisfecho se redujo (de 154 millones a 40), en ningún caso llegó a ser inferior al de sus cadenas competidoras.

Por tanto, concluye la Comisión que esta conversión del canon adeudado en préstamo no constituye una ayuda estatal.

Finalmente, la Comisión examina la transferencia de 100 mil millones de liras que el IRI transfirió a la RAI en concepto de ampliación de capital. «A fin de establecer si una ampliación de capital por parte de las autoridades públicas implica una ventaja selectiva para el beneficiario (es decir, una ventaja que la empresa no habría obtenido en condiciones de mercado normales) la Comisión aplica el criterio del inversor privado en una economía de mercado. Este criterio, por su naturaleza se aplica a las inversiones en actividades comerciales, en las que el Estado puede tener perspectivas de rendimiento. El presente caso se refiere a una empresa cuya actividad principal es definida como un servicio público, razón por la que se financia con recursos públicos. La Comisión observa que parece existir una contradicción en la argumentación de las autoridades italianas, según las cuales esta transferencia de recursos debía considerarse como una inversión comercial, cuando la principal actividad de la RAI no se desarrolla con la intención de obtener un beneficio y remunerar el capital invertido» (ap. 84).

De hecho, esta contradicción que pone de relieve la Comisión no es una

contradicción específica en la argumentación de la defensa jurídica del Estado italiano sino que es consustancial a la misma idea del criterio del inversor privado aplicado a la gestión de los servicios públicos. Por definición, los servicios públicos se establecen por la incapacidad del mercado para prestar determinados servicios en determinadas condiciones de calidad-precio que el Estado considera que deben realizarse por motivos sociales o al menos, no estrictamente económicos. La provisión de servicios públicos no busca lógicamente obtener una rentabilidad monetaria sino un beneficio social colectivo. Por tanto, nunca una aportación de capital a un servicio público cumplirá el criterio del inversor privado como lo plantea la Comisión. En cierta medida, quien incurre en una notable contradicción es la propia Comisión al mantener el criterio del inversor privado para los sectores configurados como servicios públicos. ¿Existiría algún inversor privado que estuviera dispuesto a efectuar un servicio, por ejemplo de correos, a una aldea alejada en medio de las montañas? La respuesta es seguramente negativa. El Estado obtiene una rentabilidad social mediante el mantenimiento de la cohesión territorial y la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la prestación, lo que en sí mismo ni es cuantificable económicamente, ni interesa especialmente al inversor privado.

Sea como fuere, es verdad que ningún inversor (tampoco el público) debía inyectar cantidades a una empresa deficitaria sin disponer de un plan económico, sólido, realista y razonable. «La Comisión confirma la conclusión preliminar contenida en la decisión de incoar el procedimiento, según la cual, la supuesta ampliación de capital de la RAI constituye una ventaja selectiva que la RAI no habría obtenido en condiciones normales de mercado, y mejora las perspectivas económicas de la RAI puesto que le aporta mayores recursos financieros. Considerando que la competencia se falsea cada vez que una ayuda refuerza la posición competitiva de la empresa beneficiaria con relación a sus competidores, esta ventaja puede falsear la competencia entre la RAI y las restantes empresas» (ap. 88).

Una vez determinada la naturaleza de las operaciones como ayudas de Estado, prosigue la Comisión su análisis mediante el examen de los criterios de la jurisprudencia Altmark. De los cuatro criterios básicos (desarrollo efectivo de servicio público; cálculo de compensación determinado y previo; compensación proporcional a los costes; adjudicación en un procedimiento de contratación pública), resulta claro que no se cumplen en el caso de la RAI los criterios segundo y cuarto: «la Comisión constata que en el presente caso, no puede decirse que los parámetros utilizados para calcular el apoyo financiero concedido a través de las presentes medidas (en otras palabras, la eventual compensación), se hayan establecido previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. Además, la RAI no fue elegida como proveedor del servicio público de radiodifusión en el marco de un procedimiento de contratación pública, ni puede decirse que el nivel de la necesaria compensación se haya determinado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa

media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de producción para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones» (ap. 97).

Queda pues por analizar, la compatibilidad de las ayudas con lo previsto en el art. 86.2 del Tratado:

### 3.2.1. *Definición de las misiones de servicio público*

Hasta 1994, regía un convenio entre el Estado y la RAI por el cual se fijaban las condiciones de prestación del servicio público radiofónico de acuerdo con la legislación vigente y con el encargo genérico que realiza la Constitución italiana. Se establece pues por normativa que se confía a la RAI la difusión de programas radiofónicos y televisivos en todo el territorio nacional que constituyen el servicio público. El convenio establece obligaciones de inversiones, calidad y cobertura de la señal, así como actividades de investigación. En concreto, según la Ley 103/75 la RAI tiene obligación específica de:

- emitir con objetividad y pluralismo
- reservar un mínimo del 5% del horario televisivo y un 3% del radiofónico a los partidos políticos, grupos religiosos, sindicatos y organizaciones similares, proporcionándoles una asistencia técnica gratuita
- instalar equipos propios de transmisión y gestionar los equipos de terceros próximos a las zonas bilingües, a fin de garantizar la retransmisión de los programas de operadores extranjeros
- elaborar programas televisivos y radiofónicos destinados a otros países al objeto de garantizar la difusión de la lengua y la cultura italianas en el extranjero
- realizar programas en alemán, ladino, francés y esloveno en las regiones en las que están presentes estas minorías lingüísticas
- retransmitir los comunicados del Presidente de la República, de los Presidentes del Parlamento y del Senado, del Tribunal constitucional y del Presidente del Consejo.

«El artículo 3 del Convenio de 1988 permite a la RAI desarrollar otras actividades comerciales (como por ejemplo actividades discográficas, venta de programas, explotación de derechos cinematográficos, teatrales, o relativos a conciertos) colaterales al servicio público o relacionadas de algún modo con el objeto social, siempre que no perjudiquen, a la realización de la misión. Por último, en aquellos años, la RAI también operaba en el mercado publicitario» (ap. 110).

A partir de 1994, se firma un nuevo Convenio entre el Estado y la RAI para una vigencia de 20 años. «El convenio de 1994 contempla una obligación

general de objetividad, de integridad e imparcialidad de la información, de reconocimiento de las diversidades regionales, de defensa de las culturas nacionales y regionales, y de misión educativa. También el Convenio de 1994 contiene algunas obligaciones inherentes a la misión de servicio público. La RAI está obligada a garantizar la difusión más amplia posible de la señal y debe respetar un tiempo mínimo de programación; a petición del Gobierno, debe retransmitir gratuitamente los comunicados de interés público, debe crear un servicio radiofónico de información sobre el estado de la circulación en red de autopistas nacionales y debe favorecer el acceso a sus servicios de las personas discapacitadas. Debe asimismo realizar una programación especial destinada a los menores, desarrollar una actividad de investigación y establecer infraestructuras televisivas y radiofónicas según los patrones de calidad establecidos y aplicando los últimos avances tecnológicos» (ap. 113).

En definitiva, según la Comisión estamos ante un encargo de las misiones de servicio público suficientemente clara y precisa.

### 3.2.2. *Servicio público y supervisión independiente*

El control del efectivo cumplimiento de la misión de servicio público se cumple en Italia mediante la existencia de una Comisión parlamentaria específica que determina las orientaciones generales de la cadena. Además, existe también la posibilidad de control por parte de la autoridad denominada «*Autorità Garante per la radiodiffusione e l'editoria*». Entre las funciones del ente destacan la potestad de controlar las cuentas de la cadena, comprobar que se respetan los límites establecidos para la publicidad y hacer un seguimiento de la evolución de las cuotas de audiencia.

### 3.2.3. *Examen de la proporcionalidad de las ayudas*

En el período objeto de examen (1992-1995) no rige todavía la obligación de llevar cuentas separadas para las actividades de servicio público y las actividades comerciales. La metodología para el cálculo de los costes del servicio público que recoge la Comunicación de 2001 es la de los costes evitados. En otras palabras, en base a los costes generales de todas las actividades, debe calcularse cuanto se evitaría el operador público si no tuviera obligación de realizar determinadas prestaciones de servicio público. Las ayudas se admiten sólo para compensar los costes netos vinculados a ese servicio público (costes específicos – ingresos = costes netos).

La Comisión apunta en su apartado 124 una cuestión fundamental que afecta no sólo al mercado publicitario sino, en general, al modo de gestión de las empresas públicas y que no es objeto de resolución más que en línea de principios: «si deliberadamente no se optimizan los ingresos procedentes de las actividades de servicios público (a fin, por ejemplo, de perjudicar a los competidores), los costes netos del servicio público aumentarán y el importe de la compensación resultará superior a lo necesario, lo que no es aceptable. Esto implica por ejemplo, que los precios aplicados por la RAI

en materia de publicidad no pueden situarse por debajo de un nivel que permitiera a un operador comercial eficaz que se hallara en una situación similar cubrir sus gastos».

Siendo esto absolutamente cierto y relevante, no lo es menos que la Comisión podría también efectuar un similar razonamiento respecto a los costes incurridos. En otras palabras, no basta con tomar como referencia los costes netos de la operación del servicio público según declaren las operadoras públicas objeto de examen sino que estos costes deberían compararse tanto con los costes mismos de la operación de la parte comercial dentro del mismo operador y con los costes comparativos de otras cadenas públicas o privadas. De este modo se lograría verdaderamente un parámetro de comparación de la proporcionalidad de la ayuda. Si se dan como buenas las ayudas que cubran los costes desmesurados, en realidad se está fomentando el comportamiento anticompetitivo en perjuicio de los operadores privados.

En definitiva, a juicio de la Comisión, «el control de la proporcionalidad que la Comisión debe garantizar, es doble. La Comisión debe, por un lado, calcular el coste neto de la función de servicio público confiada a la RAI y comprobar si este coste ha sido objeto de una compensación excesiva. Por otra parte, la Comisión debe indagar sobre cualquier elemento a su disposición que indique que la RAI ha inflado el citado coste reduciendo deliberadamente los ingresos procedentes de la explotación comercial de las actividades de servicio público. En el caso que nos ocupa, en particular, el denunciante ha afirmado que la RAI realizaba prácticas de *dumping* en el mercado publicitario, con efectos devastadores para la financiación de las cadenas privadas, a fin de perjudicar a Mediaset, cuya única fuente de beneficios proviene de los ingresos publicitarios. Por lo tanto, los capítulos siguientes, la Comisión verificará en primer lugar si el coste neto del servicio público ha sido objeto de una compensación excesiva mediante el apoyo financiero del Estado y, en segundo lugar, si la RAI ha venido efectivamente aplicando en el mercado publicitario una política de precios con tarifas inferiores al nivel que permitiría a un operador comercial eficaz que se hallase en una situación similar cubrir sus gastos» (ap. 125).

Al no existir una contabilidad separada, la Comisión requirió a las autoridades italianas para que presentaran un estudio económico sobre los costes del servicio público. Italia se limitó a remitir los balances contables de la RAI en su conjunto y es la Comisión la que efectúa el estudio sin proporcionar demasiadas pistas acerca de la metodología y adoptando, según reconoce, un enfoque prudente. Lo que sí queda claro es que las exenciones fiscales de las que ha gozado la RAI no se computan en el cálculo de la proporcionalidad de las compensaciones: «para el cálculo de la proporcionalidad de la financiación estatal con relación al coste neto de la misión de servicio público no es necesario cuantificar la ventaja obtenida por la RAI gracias a la exención fiscal de la revalorización de los activos consignada en el balance de la RAI para 1993, puesto que una carga impositiva más elevada habría aumentado proporcionalmente el coste neto del servicio público confiado

LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...

a la RAI (aunque la ausencia de esta carga impositiva en las cuentas de la RAI resulte deplorable desde el punto de vista de la claridad y la transparencia)» (ap. 128).

En definitiva, la Comisión elabora el siguiente cuadro:

Servicio público	Coste bruto	Ingresos	Coste neto	financiación	diferencia
1992	4.171	1.827	2.344	2.354	+ 9,5
1993	4.151	1.550	2.600	2.269	- 331
1994	3.877	1.627	2.249	2.375	+ 125
1995	4.125	1.718	2.407	2.494	+ 87
Total					- 109

Si tenemos en cuenta que la financiación estatal a lo largo del período presenta un déficit de 109 mil millones de liras italianas, la aportación de capital de 100 millones no constituye una compensación desproporcionada puesto que se realiza precisamente para corregir esa diferencia acumulada a lo largo de los años. «La Comisión estima que las ayudas objeto de la presente investigación no han supuesto una compensación excesiva para la RAI y son, por lo tanto, compatibles con el mercado común en el sentido definido en el apartado 2 del artículo 86» (ap. 153).

### 3.3. Decisión de 10 de diciembre de 2003 (France 2 y France 3)<sup>17</sup>

El 10 de marzo de 1993 *Télévision Française 1 SA* (TF1) presentó una denuncia a la Comisión por considerar que la financiación pública de los operadores France 2 y France 3 constituía una ayuda de Estado con efectos anticompetitivos dentro del mercado televisivo. En concreto, argumenta la denunciante que se vulnera el principio de igualdad de trato y permite a los operadores públicos actuar al margen de los criterios de rentabilidad comercial a la hora de pujar por derechos de emisión y en la contratación de publicidad y patrocinio.

Diez años más tarde, la Comisión emite la que será una de sus Decisiones más importantes sobre la materia, habiéndose entretanto interpuesto también recurso por omisión contra la inactividad de la Comisión fallado en condena en la STPI de 3 de junio de 1999<sup>18</sup>.

La Decisión se refiere solamente a las medidas financieras (subvenciones y aportaciones de capital) recibidas entre 1988 y 1994. Por tanto, se excluye de la causa la tasa por televisor establecida por la Ley francesa 49/1032 de 30 de julio de 1949. A pesar de esta exclusión, la Comisión tiene en cuenta también los ingresos provenientes de dicha tasa a la hora de calibrar la proporcionalidad y los efectos de las ayudas estatales, al estar ante un sis-

<sup>17</sup> Decisión 2004/838/CE. DOCE L/361/21 de 8 de diciembre de 2004.

<sup>18</sup> STPI de 3 de junio de 1999. TF1 c. Comisión. Asunto T-17/96.

tema de financiación mixto o de doble financiación (ingresos públicos y privados).

La Comisión efectúa su tradicional examen acerca de los requisitos que debe cumplir la ayuda para ser clasificada como tal (fondos públicos, concesión selectiva, distorsión de la competencia y afectación de los intercambios intracomunitarios).

France 2 recibió entre 1988 y 1994 un total de 886,56 millones de francos franceses en concepto de subvenciones y 910 millones en concepto de aportaciones de capital. France 3, por su parte recibió en el mismo período 578,5 millones de francos en subvenciones.

Respecto de las aportaciones de capital para France 2, el gobierno alega que se trata de operaciones financieras que responden el criterio del inversor privado y que por tanto no deben considerarse como ayudas. En este punto, la Decisión establece que: «la Comisión considera habitualmente que una aportación de capital del Estado a una empresa no constituye una ventaja selectiva para ésta si esa aportación se realiza en circunstancias que resultarían aceptables para un inversor privado que actuara en las condiciones normales de una economía de mercado. Esta prueba del inversor privado en una economía de mercado, por su mismo carácter sólo puede aplicarse a las inversiones realizadas en actividades comerciales de las que se espera un rendimiento normal. En el caso que nos ocupa, France 2 se dedica al diseño y programación de programas de televisión acordes con las misiones que le ha encomendado el Estado, razón por la que gran parte de la actividad es financiada por el Estado a través de la tasa por televisor. Su programación no tiene por objeto incrementar al máximo sus ingresos comerciales. Por consiguiente, al proporcionar capital a France 2, el primer objetivo del Estado no era obtener un rendimiento óptimo. Así pues, el Estado no concedió esas aportaciones de capital a France 2 con la motivación de un inversor privado en una economía de mercado» (ap. 50).

Descartada esta posibilidad queda claro que el total de las cantidades objeto de discusión deben ser tratadas como ayudas de Estado. La Decisión discute por tanto mediante el examen de los criterios de exención por realización de un servicio público de acuerdo con la jurisprudencia Altmark. Para considerar que ciertas operaciones financieras quedan fuera del concepto de ayudas de Estado, deben cumplirse todos y cada uno de los cuatro criterios manejados en la sentencia Altmark:

–la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se hayan definido claramente

–los parámetros para el cálculo de la compensación hayan sido establecidos de manera previa, objetiva y transparente

–que la compensación no supere el nivel necesario para cubrir total o par-

cialmente los gastos que comporta la ejecución de esa misión de servicio público, teniendo en cuenta otros ingresos que se generen

–cuando la elección de la empresa encargada de la ejecución del servicio no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de compensación se haya calculado tomando como referencia los costes de una empresa media.

Según la Decisión, «en el caso que nos ocupa, la Comisión considera que no se cumple la segunda condición establecida en la sentencia Altmark. En efecto, las subvenciones a la inversión y las aportaciones de capital son medidas de apoyo específicas concedidas por el Estado francés a France 2 y France 3 para que éstas pudieran afrontar una situación económica deteriorada. Estas financiaciones se concedieron a posteriori y para hacer frente a una situación imprevista. No se trata por tanto de financiaciones concedidas en función de unos parámetros establecidos previamente de forma objetiva y transparente» (ap. 55). «Además, por lo que se refiere a la cuarta condición recogida en la sentencia Altmark, la Comisión observa que las cadenas de televisión a las que las autoridades francesas encomendaron misiones de servicio público no fueron seleccionadas en el marco de un procedimiento de contratación pública. El nivel de la compensación financiera concedida a ambas cadenas públicas tampoco se determinó sobre la base del análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada, habría soportado para cumplir esas misiones de servicio público» (ap. 56).

Por tanto, no existe ninguna duda de que las operaciones objeto de escrutinio deben considerarse como ayudas. Queda ahora por examinar la cuestión más importante, es decir, si tales ayudas podrían considerarse como compensación por ejecución de un servicio público de televisión de acuerdo con los criterios de la Comunicación de 2001.

La Comisión analiza los tres criterios que presenta la Comunicación, con especial énfasis en el último de ellos:

### 3.3.1. *Definición de las misiones de servicio público*

El art. 48 de la Ley francesa 86/1067 de 30 de septiembre de 1986 hace referencia a la misión educativa, cultural y social de las cadenas de televisión beneficiarias de las ayudas. Las misiones de servicio público se pormenorizan luego en el pliego de condiciones donde, de todas formas, puede apreciarse una cierta tendencia a la enunciación de principios más que a la concreción de espacios susceptibles de recibir financiación pública. Así se recoge que la misión de servicio público incluye:

- expresión pluralista de las corrientes de pensamiento y opinión
- honradez, independencia y pluralismo informativo
- adaptación a los cambios tecnológicos.

CARLOS PADRÓS REIG

Por el contrario, aparecen también ciertas misiones más tangibles y cuantificables:

- adaptación de los programas a las dificultades de las personas sordas
- difusión de comunicaciones oficiales
- difusión de los principales debates parlamentarios
- programas dedicados a formaciones políticas, sindicales o profesionales
- programas dedicados a los principales cultos practicados en Francia
- difusión de mensajes dedicados a las grandes causas nacionales
- difusión de mensajes de seguridad vial
- difusión de mensajes de información de los consumidores
- difusión de programas educativos y sociales
- obligaciones en materia de difusión de programas de naturaleza
- programas informativos
- programas culturales (teatro, música, danza, variedades, deportes).
- programas infantiles
- obras de ficción.

Como puede apreciarse, la definición de las obligaciones de servicio público es suficientemente amplia como para permitir la inclusión de, sino toda, una buena parte de la programación televisiva de los operadores públicos. En cualquier caso, la definición del ámbito del servicio público corresponde a las autoridades nacionales y la Comisión puede controlar sólo los errores manifiestos.

«La Comisión considera que las misiones de servicio público confiadas a France 2 y France 3 constituyen un servicio de interés económico general con arreglo al apartado 2 del artículo 86 del Tratado. Dichas misiones de servicio público están claramente definidas y son legítimas, toda vez que tienen por objeto satisfacer necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad francesa y garantizar el pluralismo de acuerdo con el Protocolo. Por lo demás, la Comisión observa que estas misiones de servicio público abarcan el diseño y la difusión de todos los programas emitidos por France 2 y France 3» (ap. 74).

### 3.3.2. *Servicio público y supervisión independiente*

Las misiones de servicio público fueron encomendadas mediante la formalización de instrumentos oficiales como son los pliegos de condiciones de 28 de agosto de 1987 y de 16 de septiembre de 1994, adoptados ambos por Decreto del primer Ministro.

Además, existen medios independientes de control del cumplimiento de

### LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...

esas obligaciones, como es la votación por parte del Parlamento del presupuesto de las cadenas públicas y la potestad de control del Consejo Superior Audiovisual.

#### 3.3.3. *Proporcionalidad de la financiación*

El núcleo duro de la Decisión se halla precisamente en la determinación de la proporcionalidad de las ayudas recibidas por parte de las cadenas públicas. La Comisión debe valorar si el importe de las ayudas concedidas y las aportaciones de capital efectuadas son proporcionales al coste de las actividades de servicio público.

En primer lugar, para efectuar el cálculo de proporcionalidad resulta indispensable poder contar con contabilidades separadas para las actividades de servicio público y las ordinarias. En el caso objeto de análisis resulta que entre 1988 y 1994, la Directiva 80/723/CEE sobre transparencia de las relaciones financieras no era aplicable a la teledifusión y por lo tanto no regía la obligación de elaborar cuentas separadas.

Por tanto, el juicio de proporcionalidad que consiste básicamente en determinar que las ayudas no sobrepasen los costes netos derivados de la función de servicio público resulta realmente complicada al no disponerse con meridiana claridad del importe de esos costes. La Comisión efectúa pues el juicio en base al total de las cargas. El siguiente cuadro puede servir de resumen de las cifras (en millones de FRF en cifras redondeadas) presentadas en los apartados 85 a 89 de la Decisión y comprenden la totalidad del período 1988-1994:

	France 2	France 3
Total costes	- 41.982	- 37.011
Costes de actividades comerciales	+ 15.200	+11.740
Beneficios netos de actividades comerciales	+ 11.091	+ 4.379
<b>Coste neto de la actividad de servicio público</b>	<b>-15.691</b>	<b>-20.892</b>
Tasa televisor	+ 12.120	+ 20.170
<b>Subcompensación</b>	<b>- 3.570</b>	<b>-718</b>
Ayudas y aportaciones	+ 1.910	+ 633
Anticipos no reembolsados	+ 115	+ 30
<b>Saldo final</b>	<b>- 1.545</b>	<b>- 55</b>

En definitiva, resulta que incluso después del ingreso de las ayudas, la cuenta de resultados de las cadenas públicas continúa arrojando déficit. La aportación que se discute como ayuda (1.910 millones de FRF para France 2 y 633 millones de FRF para France 3 resulta pues proporcionada, en el sentido que no llega siquiera a cubrir los costes netos derivados de la función de servicio público.

No interesa en este punto analizar el supuesto comportamiento anticompetitivo de las cadenas en el mercado de venta de espacios publicitarios con el que se cierra la Decisión comunitaria. Concluye en definitiva la Comisión

que «la Comisión observa, por una parte, que durante el período 1988-1994 las financiaciones públicas otorgadas por las autoridades francesas a France 2 y France 3 fueron inferiores al coste de su actividad de servicio público y, por otra parte, que no existe indicio alguno que demuestre un comportamiento anticompetitivo de las cadenas públicas en el mercado de venta de espacios publicitarios. La Comisión considera, en consecuencia, que la financiación estatal a la actividad de servicio público de France 2 y France 3 cumple la condición de proporcionalidad» (ap. 101).

De las cuentas presentadas por el gobierno francés se deduce pues que en France 2 el coste del servicio público equivale al 37% del total. Si presuponemos que los costes ente emisiones comerciales y de servicio público son iguales (como de hecho hace la misma Comisión al hacer sus cálculos, resultará que el 37% de la programación de France 2 constituye servicio público. Para France 3, la proporción es más alta hasta alcanzar un 56%. La Comisión no entra lógicamente a valorar si esos porcentajes se cumplen en realidad comprobando por ejemplo el minutaje de programación que puede efectivamente corresponder a la definición material de servicio público de acuerdo con el pliego de condiciones.

Además, el cálculo de la Comisión parte de la base que los espacios considerados de servicio público no generan ningún ingreso en absoluto puesto que mientras se computan ciertos ingresos de la parte comercial, una vez determinado el coste neto de las actividades de servicio público se presupone que éstas no generan ingreso ninguno. También en este aspecto la Comisión podría haber comprobado si efectivamente los programas considerados de servicio público de acuerdo con el pliego de condiciones no contaban con ningún ingreso de publicidad (como sucede por ejemplo en el caso inglés).

Finalmente, puede apuntarse también como sorprendente cómo, con las cifras en la mano, resulta que para calcular el déficit que genera el servicio público se incluye también el déficit de los espacios comerciales. Para France 2, los costes generales de los programas comerciales son de 15.200 millones de FRF mientras que generan unos ingresos de 11.091 millones. Ello supone un déficit de 4.109 millones de FRF que se computan como coste neto de la actividad de servicio público cuando sería un resultado negativo de explotación de la parte comercial. Más exagerado es todavía el mismo razonamiento para el caso de France 3: sus programas comerciales cuestan 11.740 millones y generan sólo unos ingresos de 4.379 millones. Ello equivale a un déficit falsamente imputado al servicio público de 7.361 millones.

### **3.4. Decisión de 19 de mayo de 2004 (TV2/Danmark)<sup>19</sup>**

Como en los casos anteriores el procedimiento se inicia por denuncia una

<sup>19</sup> Decisión de la Comisión de 19 de mayo de 2004 (no publicada en DOCE). Expediente C 2/2003 ex. NN 22/02 TV2/Danmark. C(2004) 1814 final. Existe también un procedimiento posterior (Expediente NN 313/04) y en parte relacionado, cuya resolu-

### LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...

cadena competidora *SB BroadcastingSA/TVDanmark* por presuntas ayudas de Estado a la cadena pública TV2/Danmark. En Dinamarca existen dos operadores públicos: *Danmarks Radio* (DR) y TV2. Mientras que la primera se financia de fondos casi exclusivamente públicos, la segunda combina fuentes de financiación pública y privada. TV2 se creó en 1986 y emite como canal público por ondas terrestres. En el año 2000, TV2 creó un canal público de emisión por satélite (TV2 Zulu) que se privatizó en 2002 y se convirtió en un canal comercial de pago por visión. Además de los dos operadores públicos, el mercado audiovisual terrestre está integrado por otros tantos privados: TVDanmark y TV3/3.

Durante el período objeto de examen (1995-2002), las obligaciones de servicio público de TV2 se contenían en la Ley de Emisión de Radio y Televisión de 1994. TV2 cuenta con 8 estaciones regionales de televisión y está obligada a emitir programas de las sedes regionales en la programación nacional. Por tanto, toda la plataforma de programas TV2 se considera de servicio público. Desde 1997 se autorizó a TV2 para la realización de actividades comerciales que se unían como ingresos a lo ya percibido en concepto de tasa de televisión de los demás operadores e ingresos de publicidad. Desde enero de 2001 TV2 tiene la obligación de mantener cuentas separadas entre las actividades de servicio público y el resto. De los costes totales de operación se descuentan los gastos de la actividad comercial según precios de mercado. La normativa danesa prevé que las transferencias de capital público a la operadora deben realizarse de acuerdo con el criterio del inversor privado. La tasa de televisión se paga por parte de todos los ciudadanos que posean un aparato receptor de señal de radio o televisión.

La Comisión determina en primer lugar los elementos que hacen que las operaciones cuestionadas puedan considerarse ayudas públicas (fondos públicos, concesión selectiva y afectación a la competencia y a los intercambios). Una vez constatada la aplicación del concepto de ayuda, conviene determinar si la misma puede acogerse a la excepción ex art. 86.2. Se trata de analizar de nuevo si se cumplen los tres criterios básicos:

#### 3.4.1. *El servicio debe ser de interés económico general y estar claramente definido como tal por parte del Estado miembro*

TV2 está obligada a realizar un servicio público de televisión que comprenda programas de información general, educación y entretenimiento para el conjunto de la población danesa. La obligación de servicio público de TV2 se define de una forma cualitativa y general. Así se establece que «Como se establece en la Comunicación de la Comisión sobre ayudas a la radiodifusión, corresponde a los Estados Miembros definir el ámbito del servicio público que debe desarrollar el operador. Teniendo en cuenta las características peculiares del sector televisivo, la Comisión considera que una atribución amplia consistente en la emisión de una programación equi-

ción analiza la recapitalización de TV2/Danmark y se plasma en la Decisión de 6 de octubre de 2004. C(2004) 3632 final.

librada y variada puede ser apropiada de acuerdo con el art. 86.2. del Tratado. Una definición como esa sería acorde con el objetivo de satisfacer las necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad y garantizaría el pluralismo, incluyendo la diversidad cultural y lingüística» (ap. 83).

La Comisión, en definitiva acepta una definición tan amplia de la noción de servicio de interés general que llega a desfigurar por completo el contenido de la misma. Si una indicación acerca del carácter variado y equilibrado de la programación puede fundamentar la atribución de una función de servicio público ello equivale prácticamente a no establecer requisito alguno.

Tanto es así que las partes interesadas que efectúan alegaciones al expediente ponen de manifiesto que las obligaciones impuestas a TV2 no difieren sustancialmente de las obligaciones de cualquier operador comercial. Para rechazar esta argumentación la Comisión recurre a la argumentación elaborada en la Decisión 97/606/CE de 26 de junio de 1997 sobre los derechos exclusivos de emisión de publicidad en Flandes (DOCE L 244 de 6 de septiembre 1997) de manera algo confusa y, en nuestra opinión, poco convincente.

#### 3.4.2. *Servicio público y supervisión independiente*

Según la Comisión los arts. 6.a y 6.b de la Ley de radio y televisión constituyen un encargo de servicio público formalizado oficialmente. Sin embargo, reconoce la misma Comisión que puesto que la definición de la Ley no especifica qué actividades deben considerarse como servicio Público, sería necesario que cada nueva actividad que TV2 quisiera desarrollar bajo el paraguas del servicio público obtuviera una autorización específica. Para el período objeto de investigación este supuesto no se produce aunque ello revela claramente las insuficiencias de un modelo de atribución del servicio tan indefinido y vago como el danés.

Pero además de esa atribución mediante acto oficial (normativo o administrativo), la Comisión requiere también la existencia de una autoridad administrativa encargada de velar por el efectivo cumplimiento de las misiones encomendadas dentro del servicio público así como de asegurar que no se desarrollan actividades comerciales bajo la cobertura del servicio público. De nuevo, Dinamarca carece de esa estructura administrativa y la Comisión se conforma con el control presupuestario efectuado por la *National Audit Office*. A partir del año 2001 se creó un Consejo del Servicio Público que debía examinar esa conformidad entre atribución y actividad pero no se ha emitido ningún informe público.

#### 3.4.3. *Proporcionalidad de la financiación*

Constatado el escaso cumplimiento de los dos requisitos anteriores, la Comisión procede a analizar si las ayudas recibidas cumplen con el criterio de proporcionalidad. En resumidas cuentas, TV2 presenta unos costes totales de explotación del servicio público para el período 1995-2002 de 10.595,8

millones de coronas danesas (al que hay que sumar 94,9 millones más en concepto de inversión en digitalización). La suma total asciende pues a 10.690,7. Si a estos gastos le descontamos los ingresos publicitarios (6.349,7) y otros ingresos extraordinarios (626,5), resulta que la cifra neta resultante será el déficit de explotación del servicio público que equivale a 3.714,5 millones.

TV2 recibió en los 8 años un total de ingresos públicos procedentes de la tasa de televisión por importe de 4.067,7 millones (a los que hay que sumar otras transferencias 275 millones). En total pues, unas aportaciones públicas de 4.342,7 millones para compensar un déficit de 3.714,5.

El resultado es un claro exceso de compensación de 628,2 millones de coronas (84,3 millones €) que se declaran como ayuda estatal al margen de la compensación por los costes incurridos en el cumplimiento de las obligaciones de servicio público de TV2 y que deben ser objeto de recuperación<sup>20</sup>.

Además, la Comisión pone de relieve como el operador público se ha beneficiado de diversas medidas (exenciones fiscales, bonificación de intereses de préstamos, etc.) que le han supuesto unos beneficios de 581,2 millones.

La Comisión sostiene que siempre que pueda demostrarse que estos beneficios fueran destinados a la efectiva prestación del servicio público, no deben computarse<sup>21</sup>. El razonamiento es el siguiente: si TV2 no hubiera gozado de estas exenciones, ello habría aumentado la cuenta de pérdidas de la ejecución del servicio público y por tanto se justificaría en exceso de compensación. Efectivamente si TV2 hubiera tenido que pagar esos 581,2 millones ello hubiera incrementado el déficit ( $3.714,5 + 581,2 = 4.295,7$ ). De esta manera, la sobrecompensación quedaría reducida a 47 millones ( $4.295,7 - 4.342,7 = 47$ ).

Sea como fuere, la Comisión constata la desproporción de las medidas y detecta un exceso de compensación por valor de 628,2 millones de coronas danesas. El gobierno danés alega básicamente tres argumentos: este exceso de compensación constituye una tasa de retorno razonable; se debía aumentar las dotaciones de capital para permitir a TV2 contar con capital suficiente para resistir las fluctuaciones del mercado publicitario; el Estado ha actuado como un inversor privado puesto que el exceso de compensación debía servir para optimizar la estructura de capital de la cadena y ganar eficiencias en el futuro.

<sup>20</sup> A pesar de este resultado espectacular, hay que decir que la Comisión volvió a examinar desde la óptica del derecho de la competencia una aportación de capital público a TV2 precisamente para satisfacer la devolución de ese exceso de compensación y la medida logró la decisión favorable de la Comisión pues de otro modo se hubiera puesto en riesgo el desarrollo de la misión de servicio de la cadena que estaría formalmente en quiebra. Vid. Decisión de 6 de octubre de 2004. Expediente NN 313/2004 Recapitalización de TV2/Danmark. C(2004) 3632 final.

<sup>21</sup> Criterio igual al mantenido en la Decisión sobre la RAI. Decisión de 15 de octubre de 2003. DOCE L 119 de 23 de abril de 2004.

Respecto del primer argumento, es cierto que ya en 1996 la *National Audit Office* puso de relieve la necesidad de dotar una reserva para hacer frente a las fluctuaciones. En 1999, por ejemplo, los ingresos publicitarios descendieron un 9,3% respecto al ejercicio anterior. Estas reservas, sin embargo, deben realizarse de forma regular y contablemente transparente para asegurar que la sobrecompensación no supone una ventaja injustificada frente a los competidores.

Por lo demás, la Comisión considera que el exceso de compensación no era necesario para el correcto funcionamiento de TV2.

### **3.5. Decisiones de la Comisión de 20 de abril de 2005 (tasa de televisión)**

El 20 de abril de 2005 la Comisión ha decidido dos expedientes de ayudas relativas a la tasa o canon de financiación a favor de las televisiones públicas en Italia<sup>22</sup> y Francia<sup>23</sup>. Las respectivas resoluciones comparten una notable identidad sustancial en cuanto al análisis y el resultado por lo que se puede abordar un tratamiento conjunto.

La Comisión examina en primer lugar si estamos ante una ayuda existente o un nuevo régimen de ayudas. En el caso italiano, la existencia del canon a favor de la televisión pública se remonta a 1938 (RDL 246/1938), aunque no es hasta la Ley 103/1975 cuando se afecta directamente el importe de lo recaudado por el Estado a satisfacer las necesidades financieras de la RAI inherentes a la prestación del servicio público radiotelevisivo.

En el caso francés, la tasa se establece en la Ley 1032/1949. La tasa se define como un tributo anual que deben satisfacer al Estado quienes posean un aparato susceptible de captar la señal en concepto de tasa de uso del servicio radiotelevisivo. Se paga una vez al año y se liquida por unidad de vivienda.

En uno y otro caso la Comisión examina si las sucesivas modificaciones del régimen de la tasa hacen que pueda hablarse de una nueva ayuda a efectos de control comunitario. Las modificaciones no han alterado los principios del régimen establecido originalmente y por tanto se trata de una ayuda existente.

De modo muy sintético, podemos subrayar que se trata de un régimen de ayudas puesto que cumple con todos los requisitos de la caracterización que efectúa el art. 87 del Tratado y no se puede acoger a los criterios de la jurisprudencia *Altmark*.

Queda pues por examinar si el canon de radiotelevisión puede justificarse como una medida de compensación de las obligaciones de servicio público de acuerdo con el art. 86 y los criterios de la Comunicación de la Comisión de 2001. En ambos casos la Comisión examina si existe una efectiva atribu-

<sup>22</sup> Ayuda de Estado E9/2005 (ex C 62/1999) Italia. C(2005) 1164 final.

<sup>23</sup> Ayuda de Estado E10/2005 (ex C 60/1999) Francia. C(2005) 1166 final.

ción a los operadores públicos del servicio público de radiodifusión y si existe una estructura administrativa que permita constatar la efectiva ejecución de ese encargo dentro de los límites y en las condiciones establecidas en la norma. De nuevo, para los dos casos, la respuesta es positiva.

Finalmente, la Comisión debe asegurar la proporcionalidad del sistema de financiación. En el caso del canon de financiación, la Comisión debe efectuar en análisis de proporcionalidad *ex-ante*, es decir, sin contar exactamente con las cifras de recaudación ni el importe de los costes incurridos por las cadenas al emitir dichas obligaciones de servicio público. En vistas a esa necesaria garantía de proporcionalidad *ex-ante*, la Comisión considera que ni uno ni otro sistema establecen garantías suficientes de corrección de un eventual exceso de compensación. Por ello, las Decisiones establecen un criterio que será generalizable a todos los casos donde la financiación del servicio se realice a través de una tasa sobre los ciudadanos. A criterio de la Comisión, las autoridades francesas e italianas deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que:

–la compensación del Estado por los costes de las actividades de servicio público a una cadena que tengan encomendada la prestación de servicio público no sobrepase los costes netos de dichas actividades (por tanto se tengan en cuenta los ingresos comerciales de la actividad de servicio público). Deberá por tanto establecerse un mecanismo legal de evaluación de esa compensación.

–cualquier ingreso comercial de la actividad de servicio público sea realizado en condiciones de mercado y que los importes de dicha explotación comercial se tengan en cuenta a la hora de calcular los costes del servicio y el importe de la compensación. En particular, todas las relaciones financieras entre filiales comerciales deben ser conformes a criterios de mercado. Las filiales comerciales deben pagar precios de mercado por aquello que reciben del operador público (derechos de emisión, promoción publicitaria, asistencia logística y aparatos, etc.). Las filiales deben percibir comisiones de acuerdo con las condiciones de mercado al generar una actividad comercial en nombre de la sociedad matriz. Una autoridad independiente deberá verificar el cumplimiento de estas condiciones.

–cualquier explotación comercial de un programa que se considere de servicio público debe hacerse en condiciones de mercado (tanto en lo referente a la venta del programa mismo como a la contratación de espacios publicitarios). Ello implica que se impone a los operadores encargados de la misión de servicio público la obligación de no practicar dumping en el precio de venta de los espacios publicitarios. Una autoridad independiente deberá verificar el cumplimiento de estas condiciones.

Cumplidas estas condiciones, el sistema de financiación mediante la tasa de televisión se adecua a las previsiones del art. 86.2. del Tratado. La introducción de estas nuevas condiciones ha cerrado el procedimiento iniciado contra España, Francia e Italia por la modificación de sus regímenes de financia-

ción televisiva. Cabe preguntarse si la introducción de estas condiciones supone una novedad dentro del sistema previsto en la Comunicación de 2001. La respuesta debe ser negativa. El régimen de definición de las ayudas de Estado a la compensación de las obligaciones de servicio público sigue básicamente inalterado. La Comisión ha tratado de asegurar mediante estos criterios, de una parte que no exista un régimen de compensación demasiado laxo y de otra, que las cadenas públicas no actúen de manera que puedan distorsionarse las condiciones de competencia con las privadas en mercados tan relevantes como el de la publicidad. Por lo tanto, no se cuestiona el régimen de financiación mediante tasa sino que se trata de evitar que se produzcan sobrecompensaciones. Los mismos procedimientos se han iniciado también con respecto a Alemania, Holanda, e Irlanda.

Según el comunicado de prensa de la Comisión, «estas medidas se derivan del planteamiento general de la Comisión en su Comunicación de 2001 sobre la aplicación de la normativa de ayudas estatales a la radiodifusión de servicio públicos. En particular, estas medidas tratan de asegurar que las emisiones públicas y privadas compitan en igualdad de condiciones en mercados tales como la publicidad televisiva. Por otra parte, la financiación de estos entes públicos no deberá exceder el mínimo estrictamente necesario para el buen ejercicio de su misión de servicio público, no favorecerá indebidamente a otras actividades comerciales (subvenciones cruzadas) y deberá ser transparente. Las autoridades italianas han incorporado ya las recomendaciones de la Comisión a su legislación nacional en el curso del año 2004. Las autoridades francesas han aceptado las recomendaciones de la Comisión y se han comprometido a aplicarlas en el plazo de dos años a partir del día de hoy»<sup>24</sup>.

El caso español resulta algo distinto puesto que no existe una tasa para la financiación sino que el Estado transfiere directamente los costes incurridos por la misión de servicio público. La Comisión ha exigido que España suprima la garantía ilimitada de que goza el ente público RTVE. Al hacer responsable último al Estado de las deudas de RTVE se coloca al operador público en una situación de ventaja competitiva con respecto a los operadores privados, lo que en cierta manera incentiva que aquél se pueda comportar con desprecio a los criterios de mercado. Las autoridades españolas han asumido el compromiso de poner fin a la garantía ilimitada antes de que finalice el año 2005<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Comunicado de prensa IP/05/458 de 20 de abril de 2005

<sup>25</sup> Según ABAD ALCALÁ, «La realidad de la televisión en nuestro país se caracteriza por una falta de marco legal que establezca una clara delimitación de las funciones, formas de financiación y régimen jurídico de las televisiones de titularidad pública frente a las de titularidad privada, ya que no deberá comportarse de forma idéntica una empresa privada que actúa en el libre mercado con la intención de obtener el mayor lucro que una empresa de titularidad pública que interviene en ese mismo mercado, y que justifica esa actuación por la realización de ciertas misiones esenciales para la comunidad» ABAD ALCALÁ, L. El servicio público de televisión ante el siglo XXI. Dykinson, Madrid, 1999, pg. 139.

Al revisar estas páginas para su publicación, el Parlamento español ha aprobado la Ley 17/2006 de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal<sup>26</sup>. El art. 33 regula la compensación por obligaciones de servicio público y establece que:

«Las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público se consignarán en los Presupuestos Generales del Estado de manera diferenciada para cada una de las sociedades prestadoras del servicio público. Estas compensaciones tendrán carácter anual y no podrán superar el coste neto del servicio público prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario. A estos efectos, se considera coste neto la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora de servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones».

De esta redacción se infiere que todos los gastos de explotación de TVE son atribuibles a la misión de servicio público que tiene encargada, lo cual no se adapta al marco jurídico europeo, ni por supuesto, a la realidad. Según nuestra valoración apresurada, la nueva norma no cumple, pues, con los criterios impuestos por las Decisiones de la Comisión<sup>27</sup>.

El resultado de las Decisiones de abril de 2005, pues, no cuestiona el modelo de financiación a través de la tasa sino que impone ciertas obligaciones que permitan un control estricto de las condiciones de proporcionalidad de la financiación.

Para el caso alemán y holandés, existe también una notable preocupación por el comportamiento de los operadores públicos en la compra de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos (en especial los llamados *high-quality premium*, o grandes acontecimientos). La resolución de estas cuestiones deberá esperar todavía.

#### 4. VALORACIÓN

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera instancia no ha alterado las condiciones básicas establecidas en las Decisiones de la Comisión que hemos analizado y por tanto pueden considerarse firmes. Acaso, destacan algunas sentencias donde la Comisión ha sido condenada por omisión ante la incapacidad de ésta de fijar unos claros criterios con respecto a las ayudas públicas en el sector de la radiodifusión pública (STPI de 15 de septiembre de 1998. Gestevisión Telecinco contra Comisión. Asunto T-95/96; STPI de 3 de junio de 1999. TF1 contra Comisión. Asunto

<sup>26</sup> BOE núm. 134 de 6 de junio 2006.

<sup>27</sup> MEDINA GONZÁLEZ, S. «La financiación de los medios públicos de comunicación a la luz del derecho europeo de la competencia: la nueva Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal» *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006.

CARLOS PADRÓS REIG

T-17/96; STPI de 19 de febrero de 2004. SIC contra Comisión. Asuntos acumulados T-297/01 y 198/01).

Sí se produce, en cambio, la anulación de la Decisión de la Comisión de 7 de noviembre de 1996 en materia de financiación de RTP por virtud de la STPI de 10 de mayo de 2000. SIC contra Comisión. Asunto T-46/97, puesto que el Tribunal estima que la Comisión consideró que las indemnizaciones compensatorias no se consideraban ayudas. Según la sentencia en cambio «la Comisión no podía, una vez finalizado el primer examen, ignorar todas las dificultades que planteaba determinar si las medidas controvertidas sometidas a su apreciación constituían ayudas de Estado con arreglo al artículo 92 apartado 1 del Tratado. Como en la Decisión no se establece la compatibilidad de estas medidas con arreglo al mercado común, incumbía a la Comisión iniciar el procedimiento del artículo 93 apartado 2 del Tratado, con el fin de verificar la procedencia de su apreciación» (ap. 108).

En definitiva, resulta que, a los efectos de determinar la compatibilidad de las ayudas de Estado por compensación de obligaciones de servicio público radiotelevisivo, la definición de las misiones de servicio público corresponde a las autoridades nacionales. No se incluyen dentro de la noción de servicio público elementos como los servicios de internet (e-commerce) ni servicios de telefonía móvil. Los deportes pueden considerarse como misión de servicio público aunque la presencia de operadores públicos en el mercado de compra de derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos puede provocar serias distorsiones a la competencia.

A pesar de que la Comunicación 2001 exige claridad y precisión en la definición de la misión de servicio público, la Comisión acepta una notable indeterminación de la misma.

A esa indeterminación se une el hecho que la obligación de llevar cuentas separadas de la Directiva 80/723/CE de 23 de junio de 1980, no se aplica efectivamente al sector de la radiodifusión hasta 2001. Ello hace enormemente difícil la potestad de control de la Comisión. A partir de 2001 debería considerarse que es ayuda ilegal toda cantidad aportada por fondos públicos cuando el operador no utilice el método de contabilidad analítica.

En ninguno de los casos examinados se estima pertinente la aplicación de la jurisprudencia Altmark puesto que la atribución de la misión de servicio público radiotelevisivo no se realiza mediante un procedimiento de contratación pública. El documento del Grupo de Alto Nivel sobre política audiovisual de 1998 establecía entre sus recomendaciones que «las actividades de servicio público de radiodifusión pueden ser realizadas por operadores públicos o privados, según lo decida cada Estado miembro. Cuando haya operadores públicos y privados en el mercado hay que garantizar la libre competencia». Son siempre los operadores públicos herederos de los antiguos monopolios quienes realizan la función por atribución legal y sin sujetarse a un procedimiento de adjudicación. Por tanto, la nueva jurisprudencia

cia Altmark sobre compensación por obligaciones de servicio público tiene nula efectividad en el sector de la radiotelevisión pública.

También resulta poco relevante el contenido mismo del Protocolo sobre financiación de la radiodifusión del Tratado de Amsterdam pues la Comisión continúa analizando los casos desde la perspectiva del art. 86.2. del Tratado. La defensa de la competencia, como instrumento jurídico no permite apreciar conceptos como rentabilidad social, fortalecimiento democrático o cohesión territorial que son inherentes al Protocolo.

En la mayoría de los casos se trata de ayudas existentes. En los casos de ayudas nuevas, no se contempla las obligaciones procedimentales: la aplicación de la obligación de notificación ni de la suspensión de las medidas hasta el pronunciamiento comunitario. El régimen de control es notoriamente distinto para las ayudas existentes y para las nuevas. La diferencia puede apreciarse con nitidez en las recientes Decisiones de abril de 2005. Estas Decisiones son, además, relevantes por cuanto la Comisión exige a los Estados miembros la adopción de sistemas de prevención de la sobrecompensación por servicio público y garantías de un comportamiento competitivo en los mercados de publicidad. «Como el reparto de la inversión total en publicidad televisiva depende de la audiencia de cada canal, los canales públicos pueden usar la financiación pública para mejorar sus audiencias, lo que mejora sus ingresos publicitarios y perjudica la posición de los canales privados»<sup>28</sup>. Algunas decisiones examinan la afectación competitiva que puede producirse en el mercado publicitario cuando concurre un operador público. Este tema, de suma importancia, puede ser abordado en una investigación separada posterior.

En lo que respecta al elemento clave de todas las decisiones, es decir, el cálculo de proporcionalidad de las ayudas recibidas, es remarcable como en varias ocasiones el cálculo de la proporcionalidad de la compensación no incluye los ingresos, contradiciendo así la praxis administrativa los propios criterios de la Comisión fijados en la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión de 15 de noviembre de 2001. A ello, se añade también una cierta tolerancia en cuanto al análisis de los costes del servicio público que se realiza de forma aleatoria o poco rigurosa. No se tienen en cuenta parámetros como que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de producción para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones. Como indica MUÑOZ MACHADO, «la contribución de los presupuestos públicos a la financiación de las televisiones públicas es, en algunos Estados, más que proporcional a los programas de servicio público que éstas realizan. Sería mucho más barato para la Hacienda pública financiar programas de servicio público en las televisiones privadas. Se puede aventurar, sin ninguna duda, que se harían el doble de programas de servicio público,

<sup>28</sup> MUÑOZ MACHADO, Servicio Público y Mercado. La Televisión. Civitas, Madrid, 1998, pg. 199.

financiados por los presupuestos públicos en las televisiones privadas, con menos de la mitad del dinero que se invierte actualmente en sostener las públicas»<sup>29</sup>.

El alcance de la proporcionalidad debe tener en cuenta el comportamiento de los operadores públicos en el mercado publicitario. Una forma de inflar los gastos consiste precisamente en no maximizar adecuadamente los ingresos de publicidad. Los operadores públicos pueden perjudicar a los privados mediante esta estrategia puesto que el déficit de explotación del servicio se podrá compensar con ayudas.

Finalmente, de la Decisión de 2003 sobre la RAI se desprende el criterio de que para el cálculo de la proporcionalidad de la financiación estatal con relación al coste neto de la misión de servicio público no es necesario cuantificar las ventajas obtenidas gracias a las exenciones fiscales, puesto que una carga impositiva más elevada habría aumentado proporcionalmente el coste neto del servicio público. Las exenciones fiscales, de acuerdo con esta doctrina escapan pues a cualquier control el materia de ayudas por la realización de obligaciones de servicio público.

A pesar de todo lo expresado, para el caso español la profesora Carro Marina, pone de manifiesto una grave desviación en la concepción del sistema de financiación pública: «las ayudas a las televisiones españolas de titularidad pública, no tratan, sin embargo, de garantizar el equilibrio económico de un servicio público –cuya prestación está garantizada por el resto de las concesionarias de dicho servicio– sino el equilibrio económico de una o varias empresas. Precisamente las de titularidad estatal. Y esa finalidad no está permitida por el derecho comunitario»<sup>30</sup>.

Esta misma conclusión parece desprenderse del examen del artículo 33 del proyecto de Ley de la radio y la televisión de titularidad estatal recientemente aprobada.

Al final resulta que la Comisión ha optado por una metodología económica para el examen de las ayudas cuyo análisis se distorsiona por criterios políticos de oportunidad. Como indica DE LA QUADRA de manera un tanto dramática, «la cuestión de la financiación de la televisión pública es un test de la interpretación que se haga del art. 86 del Tratado. Es también un test del alcance de la declaración del papel de los servicios de interés general en Europa que se contiene en el art. 16 introducido por el Tratado de Ámsterdam, con el apoyo lleno de reticencias de la Comisión que hubiera preferido no tocar en este punto el Tratado. En todo caso es la ocasión de saber si la esfera de la política queda a la dinámica económica y a los importantes

<sup>29</sup> MUÑOZ MACHADO, S. «La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas». En *El régimen jurídico de la televisión*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995, pg. 35.

<sup>30</sup> CARRO MARINA, M. «La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas» en MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Europeo del Audiovisual*. Madrid, Escuela Libre, 1997, pg. 425.

principios que la amparan de libre prestación de servicios y libre circulación de mercancías. A la esfera de la política pertenecen las decisiones de los Estados que tienen que ver no sólo con políticas de solidaridad y cohesión social y territorial sino también las que tienen que ver con el papel fundamental de los medios públicos de comunicación social como elementos claves de la sociedad democrática, sustraídos a las reglas del mercado. Si las decisiones de los Estados sobre la organización de un elemento clave de la organización de la democracia, en cuanto tiene que ver con la formación de una opinión pública libre, deben someter esa perspectiva política a las consideraciones económicas y a la aplicación mecánica de sus principios y libertades por importantes que éstas sean, como en efecto lo son, podrá decirse que el principio de subsidiariedad ha muerto y con él, el papel de la política en las sociedades europeas»<sup>31</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ALCALÁ, L. *El servicio público de Televisión ante el siglo XXI*. Dykinson, Madrid, 1999.

BENEYTO PÉREZ, J. M. y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Editorial Bosch. Barcelona, 2005.

BOTELHO MONIZ, C. «Les rapports de concurrence entre télévision publique et télévision privée au Portugal», en MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Europeo del Audiovisual*. Madrid, Escuela Libre, 1997.

BUHIGAS ARIZCUN, J. «La financiación de las televisiones públicas en España» en MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Europeo del Audiovisual*. Madrid, Escuela Libre, 1997.

CARRO MARINA, M. «La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas» en MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Europeo del Audiovisual*. Madrid, Escuela Libre, 1997.

CHINCHILLA MARÍN, C. «El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales» en *Institut d'Estudis Autònoms. El règimen jurídic del Audiovisual*. Marcial Pons/Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000.

CHINCHILLA MARÍN, C. *La radiotelevisión como servicio público esencial*. Tecnos, Madrid, 1988.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «Informe preliminar sobre el régimen jurídico de lo audiovisual» en *Institut d'Estudis Autònoms. El règimen jurídic del Audiovisual*. Marcial Pons/Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000.

FALCÓN Y TELLA, F. «La doble financiación de las televisiones públicas en Es-

<sup>31</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, T. «Informe preliminar sobre el régimen jurídico de lo audiovisual» en *Institut d'Estudis Autònoms. El règimen jurídic del Audiovisual*. Marcial Pons/Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000, pgs. 43-44.

CARLOS PADRÓS REIG

paña Desde la óptica del Derecho de la competencia» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 8, 1996.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. *El paisaje televisivo en España*. Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. «El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales» en *Institut d'Estudis Autònoms. El règimen jurídic del Audiovisual*. Marcial Pons/Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000.

GÓMEZ-REINO CARNOTA, E. «El derecho europeo del audiovisual y su influencia en los derechos nacionales», en *Institut d'Estudis Autònoms. El règimen jurídic del Audiovisual*. Marcial Pons/Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000.

GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. *La televisión pública en la Unión Europea*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. «El sector audiovisual ¿servicio público o mercado?» *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 110, 2001.

HERREROS LÓPEZ, J. M. *El servicio público de Televisión*. Fundación COSO. Valencia, 2004.

LAGUNA DE PAZ, J. C. *Televisión y competencia* La Ley, Madrid, 2000.

LÓPEZ DÍAZ, E. «Televisión: servicio público, financiación y libre competencia en la Unión Europea» *Diario La Ley* núm. 5734, de 7 de marzo de 2003.

MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. «Ayudas de estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark» *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia* núm. 237, 2005.

MANTECA VALDELANDE, V. «Régimen normativo de la radiotelevisión pública en España» *Actualidad Administrativa* núm. 14 marzo-abril, 2003.

MEDINA GONZÁLEZ, S. «La financiación de los medios públicos de comunicación a la luz del derecho europeo de la competencia: la nueva Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal» *Revista de Administración Pública* núm. 171, 2006.

MEROLA, MASSIMO «Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias» en MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Europeo del Audiovisual*. Madrid, Escuela Libre, 1997.

MUÑOZ MACHADO, S. *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*. Civitas, Madrid, 1993.

MUÑOZ MACHADO, S. «La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas». En *El régimen jurídico de la televisión*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

LA DEFINICIÓN COMUNITARIA DE AYUDA DE ESTADO POR...

MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Europeo del Audiovisual*. Madrid, Escuela Libre, 1997.

MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y mercado. La televisión*. Madrid, 1998.

MUÑOZ MACHADO, S. «La financiación de la televisión pública y privada» en *Institut d'Estudis Autònoms. El règimen jurídico del Audiovisual*. Marcial Pons/ Generalitat de Catalunya, Barcelona 2000.

ORTIZ BRU, C. «La Televisión pública y su financiación» en VILLAR URÍBARRI, J. M. (Dir.) *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Aranzadi, Pamplona, 2003.

ROSADO IGLESIAS, G. *La televisión pública en España: régimen jurídico y control*. CEDECS, Barcelona, 1999.

SANTAMATO, S.; PESARESI, N. «Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the Altmark ruling» *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2004.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. *Derecho público de los medios audiovisuales de radiodifusión y televisión*. Comares, Granada, 1999.

VIDAL BELTRÁN, J. M. «El servicio Público de televisión y la privatización de la gestión directa» *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 7, 2004.