

LA TRASLACIÓN DE PAUTAS DE CONTROL PÚBLICO AL NUEVO AUDIOVISUAL DE PROXIMIDAD *

Por

ANDRÉS BOIX PALOP **
Universitat de València-Estudi General de València

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.- I. EN TORNO A LA SUBSISTENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO TELEVISIVO EN LA ACTUALIDAD.- II. POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN REGULADORA SOBRE EL AUDIOVISUAL FRENTE A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- III. DEL CONTROL PÚBLICO A LA INJERENCIA POLÍTICA: LOS CONCESIONARIOS DE TELEVISIÓN DIGITAL LOCAL Y AUTONÓMICA.- IV. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA FRENTE A LA SALVAGUARDIA DEL PLURALISMO.

Cualquier análisis del panorama audiovisual español, ya sea sobre el digital, ya uno referido a todo el conjunto del mismo, concluye en la especial intensidad con la que el control público se manifiesta en el sector. Es ésta una innegable realidad que, como puede ser comprobado en la reciente ordenación del sector en materia de televisión digital de ámbito local y autonómico, se reproduce a todos los niveles. El caso es que la multiplicación de canales y soportes, la aparición de una nueva plataforma para la exhibición de productos audiovisuales en la Red, la digitalización, las posibilidades crecientes de compresión... no puede decirse que hayan hecho avanzar demasiado en nuestro país la paulatina retirada del control público sobre los medios audiovisuales que

* Este trabajo se enmarca dentro de las labores de investigación que su autor lleva a cabo en el seno del Proyecto de Investigación “Cohesión social y servicios públicos liberalizados” del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-2007 (SEJ2004-01328), dirigido por el Prof. Dr. José María Baño León. Asimismo, es resultado de la Acción Especial de la Generalitat Valenciana para 2006 “Radio y televisión digital en la Comunidad Valenciana” (AE06/133) y en concreto consecuencia del debate y reflexión producido en torno a la misma. Una versión preliminar de estas ideas, con otra forma y objetivos, fue publicada en mi bloc jurídico a finales de 2006 (accesible desde <http://www.uv.es/aboixp>).

** Profesor Titular de Derecho Administrativo (Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Universitat de València – Estudi General de València).

Dirección de correo electrónico: Andres.Boix@uv.es.

Página web personal: <http://www.uv.es/aboixp>.

muchos creyeron, creímos e incluso seguimos creyendo que es el natural puerto de arribada de un mercado cuya lógica económica y realidad social no lo convierte, en el fondo, en algo tan diferente al resto de actividades de la industria cultural. Esta capacidad de control público sigue dando muestras de notable vigor, ya sea mediante las normas estatales que enmarcan el proceso de apertura de la televisión local y autonómica, ya a partir de la regulación concreta del sector en cada autonomía, ya por medio de las concesiones a los diversos grupos que se han realizado, ya por la vía de introducir competencias que van más allá del control sobre los concesionarios y que suponen una verdadera policía de contenidos, aunque ésta sea ejercida por autoridades independientes y en sus grandes trazos la orientación de la misma provenga en muchos de los casos de instituciones europeas.

La constatación de que es atribuible a los poderes públicos más que a la propia evolución del mercado y de la competencia la estructura de la comunicación audiovisual en nuestro país, la idea de que ésta debe más a lo dispuesto en el Boletín Oficial del Estado que a las iniciativas de las empresas del sector, no ha de hacernos olvidar que el establecimiento de los perfiles básicos de la estructura del mismo se decide en sede pública pero con la aquiescencia cuando no complicidad de los operadores ya instalados y más o menos dominantes. Tal realidad, que se ha hecho muy visible con la reordenación de la televisión de ámbito estatal (con un reparto del gusto de los grupos más o menos dominantes que ha logrado contentar a todos y ha sido, por ello, muy poco conflictivo)¹, se extiende a cada Comunidad Autónoma, que ha definido a golpe de diario oficial un mapa de televisiones autonómicas y locales, así como una radiodifusión en modulación de frecuencia, que conforman en conjunto un audiovisual de proximidad estructuralmente definido por elecciones de tipo público. Hasta el punto, como es evidente, de que en no pocos casos puede detectarse la aspiración a realizar esta ordenación no tanto con criterios públicos sino políticos. Con ser criticable, tampoco conviene rasgarse las vestiduras. La existencia de un modelo público de control y determinación de la estructura y participantes en el mercado conlleva el riesgo de que esta capacidad pueda ser empleada de manera torcida. El juicio que tales desviaciones merezcan, si se han mantenido dentro del marco legal, corresponde a los ciudadanos. Si no, como es obvio, ha de confiarse en la capacidad de que las actuaciones administrativas sean judicialmente enmendadas o como mínimo anuladas.

No nos interesa aquí, por ello, detenernos en estas posibles patologías puntuales sino en la causa última de que algo así sea posible: el hecho de que el audiovisual de

¹ Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo.

proximidad siga siendo conformado a partir de elecciones públicas y de decisiones administrativas, con todo lo que ello supone. Y por mucho que, como es obvio, sea inevitable que las consideraciones de tipo económico se acaben imponiendo, a su manera, de una forma u otra a medio y largo plazo, siendo determinantes en gran medida de cómo y de qué manera subsisten los medios, de sus opciones organizativas e incluso del tipo de programación que ofrecen. Pero todo ello se produce en un marco donde, con carácter previo, el Estado o la Comunidad Autónoma de turno ha intervenido desde el principio para dejar claro cuáles han de ser las reglas del juego y, sobre todo, de forma destacadísima, quiénes los participantes.

Esta situación, así considerada en su conjunto, no deja de ser una anomalía en muchos sentidos. Económica, probablemente, pero también jurídica. Siquiera sea por la excepcionalidad, por lo demás amparada por el Derecho comunitario a pesar de su vocación por ceder el protagonismo al mercado y a actores privados en la ordenación de los diversos sectores económicos ². La retención por parte de la Administración del monopolio jurídico sobre el audiovisual, con las únicas excepciones en España de la emisión por satélite (desde 1995) y por cable (desde finales de 2003), sigue quedando amparada en la existencia de motivos para entender que la radiodifusión y la televisión, especialmente la más relevante socialmente (la actual emisión hertziana en analógico y su próxima sustitución total por la TDT -televisión digital terrestre- y la radio digital), han de ser un servicio público. Aunque las posibilidades de difusión de contenidos audiovisuales por Internet pueda suponer también un vector de competencia que se uniría a la televisión y radio por satélite o por cable, ha de reconocerse que la capacidad de penetración de estas nuevas formas es todavía relativamente reducida y que los primeros actores sociales y económicos siguen siendo los que se disputan el nicho de mercado propio de los medios *generalistas* tradicionales.

Por todo ello, cuando se analiza la ordenación del sector del audiovisual de proximidad que cada Comunidad Autónoma ha venido haciendo es preciso, si lo que se desea es obtener una nítida idea sobre qué modelo se está instalando, volver constantemente la vista atrás y analizar hasta qué punto algunas cuestiones fundamentales no habrían de ser sometidas definitivamente a un replanteamiento en profundidad.

² Por todos, véase el tratamiento dado a la cuestión, así como a la exposición de las diferencias que subsisten en el caso del audiovisual, en T. PROSSER, *The limits of the competition law*, Oxford University Press, 2005.

I. EN TORNO A LA SUBSISTENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO TELEVISIVO EN LA ACTUALIDAD

Es ya un lugar común afirmar que las razones que justifican la monopolización del audiovisual (con las exclusiones mencionadas) por el sector público han de ser revisadas, así como afirmar que, junto a ello, tienen que ser repensadas muchas de las normas que regulan el sector y que no son sino consecuencia de los principios de la doctrina del servicio público que permite un enorme control por parte de la Administración³. Así, por ejemplo, replantear las propias bases del modelo permite a su vez reconsiderar qué tipo y formas de fiscalización podrá ejercerse sobre los concesionarios-operadores (dependiendo de en qué marco jurídico nos situemos) desde el sector público. Empezando, por supuesto, por las posibles imposiciones o restricciones en materia de contenidos y el control de su cumplimiento, dado que constituye un tipo de intervención que nada tiene que ver (dado que estamos ante empresas privadas, sí, pero concesionarias de un servicio público que se gestiona de forma indirecta) con el que se produce en un entorno de mercado competitivo, por mucho que regulado administrativamente.

Sobre la vigencia de la *publicación* del sector, parece a estas alturas ya más que evidente que el franco retroceso que en diversos ámbitos se ha producido al respecto no puede sino continuar en los próximos años. Las fuerzas de la economía de mercado y del avance tecnológico, espoleadas por las posibilidades de beneficio y desarrollo que

³ Por supuesto, esta es la visión de las empresas concesionarias. Véase el *Informe UTECA – 2005. Sobre la regulación de la televisión en España*, UTECA, 2005, donde se defiende la necesidad de reconstruir la idea de servicio público, así como las técnicas de habilitación para ostentar la titularidad y gestión de canales de televisión y, en general, se aboga por un retroceso de la injerencia pública, apelando al desarrollo de las posibilidades de autorregulación. No obstante, sin necesidad de acudir a la visión de los actores del mercado, esta idea se ha ido abriendo paso en la comunidad jurídica, como resultado de la propia evolución económica del sector y de la presión comunitaria, jurisprudencial y constitucional que han propiciado un paulatino desgaste de la idea de servicio público. Desgaste que, como es obvio, también se ve reflejado en la evolución legislativa. Sobre este proceso, y analizando la línea evolutiva a que hacemos referencia desde distintos puntos de vista, puede bastar acudir a las exposiciones que se realizan en E. LINDE PANIAGUA y J. M. VIDAL BELTRÁN, *Derecho Audiovisual*, Colex, 2006; y F. J. BASTIDA FREIJEDO, “Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución”, en *Revista española de Derecho constitucional*, N.º 71, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución (III)), pp. 161-186.

permite el sector, suponen una presión evidente ⁴.

Tuviera de verdad sentido o no el tradicional argumento de la escasez de frecuencias para justificar el monopolio público y su posterior control sobre la limitadísima competencia, es bastante complicado proseguir en esta línea argumental para tratar de cerrar el mercado dados los avances habidos en compresión y digitalización. Siempre puede intentarse, pero las posibilidades de que estas razones calen en un entorno donde ya hay más posibilidades de emisión que mercado para tantos operadores son escasas. Por no hablar de que, por lo que se intuye, la madurez del mercado de la publicidad y el audiovisual de pago promete ir a remolque de las posibilidades técnicas, con lo que no es fácil que la situación se revierta.

Asimismo, la propia lógica de mercado ha conducido a los operadores que han gestionado en España (y en otros países europeos) el servicio público de manera indirecta (e incluso a los operadores públicos que lo gestionan de manera directa, que se hayan dejado arrastrar por esa misma política) a unas elecciones en materia de gestión de contenidos y de producto ofrecido en pantalla (búsqueda de audiencias masivas con programas de coste reducido) que complica enormemente justificar la inexistencia de libre competencia y libre acceso al mercado a partir de razones basadas en la búsqueda y control de unos determinados contenidos, con calidad y preocupaciones propias de un, valga el empleo con otras intenciones del término, *servicio público*.

Pueden quedar, a partir de la asunción de la importancia de la televisión y de la radiodifusión para la conformación de la opinión pública libre en las sociedades democráticas, de la necesidad de disponer de buenos medios públicos para canalizar la discusión y el debate, restos del único argumento que todavía se sostiene en pie: la idea de que los poderes públicos han de intervenir profundamente el sector para garantizar un suficiente pluralismo, con posibilidades de acceso a los medios públicos y a los operadores privados concesionarios de la Administración para todos los sectores sociales representativos, por la vía de velar por una competencia controlada que permita tanto el pluralismo como la estabilidad económica de los agentes del mercado y, así, su fortalecimiento y aseguramiento. Como decimos, se trata de un argumento, en este caso, sí, que no podemos dar por superado. Son éstas razones de peso, que no han quedado necesariamente periclitadas por la propia evolución de los condicionantes físicos y materiales ni por la realidad de la actividad audiovisual en tanto que producto de

⁴ G. FERNÁNDEZ FARRERES y C. CHINCHILLA MARÍN plasmaron sus opiniones en torno a “El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales”, en VV.AA., *El régimen jurídico del audiovisual*, Institut d’Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya – Marcial Pons, 2000.

mercado. No obstante lo cual, enfrentadas a la realidad del mismo, confrontadas con la efectiva gestión de los medios públicos que conocemos, obligan a alentar un sano escepticismo. Y, si tampoco esta última posibilidad de justificación del mismo tiene demasiado sentido, habremos de apurar las consecuencias que de ello se derivan.

Los restos, en la medida en que puedan ser aprovechables, de la vieja doctrina del servicio público, nos obligan a enfrentar una valoración de fondo: por muy importante que sea el audiovisual, ¿de veras lo es tanto como para estar regulado de manera tan diferente a la de otros sectores que, sin duda, también lo son (importantes)? Porque la mera constatación de su relevancia hace tiempo que, para otros sectores igualmente básicos para nuestra vida y para la convivencia, cuando no mucho más ⁵, como pueden ser los de la distribución de servicios infraestructurales esenciales (electricidad, gas, agua, telecomunicaciones...), no justifica por sí misma la monopolización pública de los mismos. Por otra parte, conviene empezar a apuntar con fuerza, para avanzar alejados del equipaje mitológico habitual, que no todas las posibilidades de intervención empiezan y acaban con el servicio público. No estaría de más reflexionar en torno a las alternativas efectivamente existentes, como queda demostrado precisamente en esos grandes sectores antes mencionados, de una intervención pública de tipo administrativo, en ocasiones muy intensa, sin recurrir a la vieja doctrina del servicio público.

No obstante, resumiendo, la situación que todavía recoge nuestro Derecho positivo sigue siendo bien distinta: contra viento y marea, contra la tendencia de la historia, contra la evolución marcada por el Derecho comunitario (que, por lo demás, a pesar de alguna sentencia metiendo en vereda a los operadores públicos por algunos excesos, esencialmente respecto de su financiación, no ha limitado la posibilidad de declarar el audiovisual como servicio público en contra de lo que ha sido la tendencia de su política en otras materias ⁶) y cada vez más contra la propia naturaleza de las cosas (esto es, del

⁵ Obviamente, es ésta una afirmación con la que no todos estarán de acuerdo. Es el caso de quien esto escribe, porque como he mencionado en otras ocasiones creo que el carácter básico de la comunicación y debate públicos puede difícilmente ser exagerado. Pero ello no permite negar, sin necesidad de tratar de establecer prelación, que la existencia de otros servicios que directamente permiten la propia existencia de la vida en comunidad es igualmente esencial.

⁶ Ya hemos hecho referencia a la excepción que supone el audiovisual en este contexto, como tempranamente señaló S. MUÑOZ MACHADO en sus cuatro tomos centrados en la reflexión entorno a la evolución de *Servicio público y mercado*, Civitas, 1998. Respecto de la evolución posterior es posible acudir a los diversos análisis completos y críticos que han suscitado las medidas de embridamiento de tipo financiero que, éstas sí, desde el Derecho comunitario han servido para moldear el sector y que han sido, con peculiaridades, acogidas por nuestro ordenamiento: véanse las recientes aportaciones de R. CAMACHO ORDÓÑEZ, *El ajuste de las cuentas en el sector*

actual mercado audiovisual y de sus dinámicas propias), el Estado español sigue aferrado a la declaración de servicio público de las más importantes parcelas del mercado de la televisión y la radiodifusión. Esta situación es reveladora, sobre todo, de la decidida voluntad pública de controlar en la medida de lo posible la estructura del sector, siquiera sea a partir de la determinación de sus participantes. Pero es evidente que en los tiempos que corren la intervención pública, caso de que se estime digna de ser conservada con la intensidad a que estamos acostumbrados, habrá de acabar por orientarse de otra manera y buscar otro fundamento.

II. POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN REGULADORA SOBRE EL AUDIOVISUAL FRENTE A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A los juristas, en realidad, nos ha resultado cómoda y cara la doctrina del servicio público porque ha permitido regular y controlar un sector que, de otra manera, en ausencia de esta *publicación*, habría tenido que ser tratado con gran deferencia (al menos, en tanto que actuación jurídica de regulación) por los poderes públicos tal y como ocurre con la prensa escrita. Porque si bien la Administración, como es conocido, puede intervenir profundamente no pocos sectores de la actividad social y económica sin necesidad alguna de que exista una reserva de la misma en su favor, también lo es que la interposición, en el caso concreto de los medios de comunicación, de un derecho fundamental como es la libertad de expresión en lo que se refiere a su actividad, vendrá a dificultar ciertos controles y limitaciones. Especialmente, como es obvio, de todos aquellos referidos a los contenidos. Por eso, más allá de que el instrumento pueda ser útil a otros efectos, carece de sentido aferrarse a él si de lo que se trata es de conservar facultades de control como las que ahora conocemos dado que, en realidad, y así ha de reconocerse, las orientaciones sobre contenidos basadas en exigencias de servicio público han sido tradicionalmente, incluso para los medios de titularidad pública, más bien vagas y etéreas ⁷. El control de la adecuación a esos mismos criterios de la programación (algo a lo que, por remisión de su norma reguladora al viejo Estatuto de

audiovisual, Tirant lo Blanch, 2007; M. MUÑOZ SALDAÑA, *El futuro jurídico de la televisión desde una perspectiva europea*, Marcial Pons, 2006; S. MEDINA GONZÁLEZ, *Ayudas públicas y libre competencia en el sector audiovisual*, Marcial Pons, 2006; y “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 Televisión de Titularidad Estatal”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 171, 2006, pp. 293-315.

⁷ Como puede comprobarse, por ejemplo, en la exposición de los artículos 2 y 3 de la actual Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal.

RTVE, también están sujetas las llamadas emisoras privadas) es una posibilidad administrativa más tenida en cuenta por su sistemática inobservancia que por alguna contada y excepcional aplicación. Si la intervención pública en materia de contenidos, las limitaciones y obligaciones en la materia, van a tener en el futuro, como de hecho ya es el caso, una naturaleza y objetivos que en el fondo nada tienen que ver con la voluntad de orientar el tipo, contenido y fines de las emisiones por razones de servicio público sino con medidas de policía de contenidos con base en la protección de derechos constitucionales y de regulación económica del sector, ya no necesitamos de artefacto jurídico alguno que permita impedir que entremos en el campo de juego de la libertad de expresión.

De hecho, las limitaciones de tipo estructural y mercantil a la libertad de expresión, avaladas por el Consejo de Europa y las autoridades comunitarias, no han generado demasiados problemas hasta la fecha de orden constitucional⁸. Tampoco lo harían sin la cobertura del servicio público. Por otra parte, las posibilidades de control administrativo prescinden necesariamente de cualquier supuesta habilitación interventora que supuestamente conlleve la vieja doctrina cuando, en casos como el que paradigmáticamente representa la acción del *Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, tenemos órganos administrativos de nuevo cuño decididamente dispuestos a velar por los contenidos de todo el audiovisual y, con las consecuencias de neutralidad jurídica a los efectos que nos interesan que se deducen inevitablemente de ello, también del audiovisual que no tiene la calificación jurídica de servicio público⁹. Hemos de tener en

⁸ El origen de estas normas de disciplina del sector en intervención en la gestión de los medios audiovisuales es la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (más conocida como Directiva "Televisión sin Fronteras"), que dio origen en nuestro ordenamiento a la Ley 25/1994, de 12 de julio. Estas normas están en constante evolución y han sido modificadas varias veces, siempre en el contexto de la propia mutación constantemente impulsada por las instituciones comunitarias, en 1999, 2001, 2002.

⁹ La Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, es clara en este sentido cuando, en su artículo 2 extiende su ámbito de actuación a "la comunicación audiovisual directamente gestionada por la Generalidad o en régimen de concesión o habilitación, sea cual sea la forma de emisión y la tecnología utilizadas, así como en los supuestos en que se efectúen emisiones específicas para Cataluña y en aquellos otros en que, por aplicación de la normativa vigente, queden sometidos al ámbito de gestión y tutela de la Generalidad". Esta pauta de actuación es la norma en los órganos de este cuño, como puede apreciarse en los diversos modelos autonómicos. Sobre la misma y las posibilidades de control y sanción en estos casos,

cuenta que, como hace también la propia legislación española, todas las leyes autonómicas y las normas europeas que han de aplicarse obligatoriamente (esto es, la regulación contenida en el paquete “Televisión sin Fronteras”), las imposiciones y controles (en publicidad, contenidos, producción nacional y europea, protección de la infancia, respeto a ciertos valores...) tienen tendencia a abarcar en cuanto al núcleo duro de sus exigencias a todos los medios. Incluso a los que no son considerados jurídicamente servicio público. Las obligaciones específicas para estos últimos (públicos o privados), por mucho que se plasmen en una serie de consideraciones legales, aparentemente muy concretas, no dejan de constituir también un corpus perfectamente vaporoso, interpretable, maleable y poco susceptible de una definición precisa, como señalábamos antes. Lo cual nos conduce a una situación de hecho donde lo cierto es que no se percibe con claridad, ni mucho menos, dado el tipo de intervención pública sobre contenidos que se desarrolla en España, qué necesidad real cumple, a efectos de encuadrar jurídicamente imposiciones y límites que pueden plantear problemas de constitucionalidad por afectar a la libertad de expresión, la doctrina del servicio público.

Por otra parte, como experiencias recientes han demostrado, también hay problemas cuando este tipo de controles, por muy profundos al menos en teoría que puedan ser si estamos dentro de la esfera del servicio público, se aplican sobre unos operadores que, como demuestra recientemente el polémico caso suscitado a raíz de unos contenidos emitidos por la COPE que fueron fiscalizados por el *Consell Audiovisual de Catalunya* catalán, ni se sienten concesionarios, ni son tenidos así socialmente, ni a los que el mercado conceptúa como tales ¹⁰. En tal caso, entre que unos, por mucho que

puede atenderse a las reflexiones de J. BARATA I MIR, *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos para una reforma del régimen español*, Marcial Pons, 2006.

¹⁰ Como es sabido, el Consell de l’Audiovisual de Catalunya, en Acuerdo del Pleno de 19 de diciembre de 2005, acordó que diversas concesionarias habían “incurrido en una vulneración de los límites constitucionales al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de información y de expresión, lo cual supone, asimismo, un incumplimiento grave del régimen concesional al cual dichas entidades se encuentran sometidas” por la emisión de ciertos contenidos, lo que supone “un incumplimiento de las obligaciones que les corresponden como concesionarias a los efectos de lo que prevé el artículo 11, letra j), del Decreto 269/1998, de 21 de octubre, del régimen jurídico de las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia por parte de emisoras comerciales, en relación con lo previsto en el artículo 6, letra h), del mismo Decreto”, que pasan a comunicar al Ministerio de Industria. La cuestión, que suscitó una enorme polémica por la posible consideración de esta intervención como una censura de contenidos decidida administrativamente, tiene como es obvio unos perfiles jurídicamente más definidos en la medida en que estamos ante un concesionario de un servicio público que, en opinión del CAC, que por ello adopta un acuerdo del

tenor señalado, está incumpliendo sus obligaciones. Sin embargo, como es manifiesto y el propio CAC notó, su actuación produjo un revuelo cierto, en parte relacionado con el hecho de que esta cualidad jurídica de las concesionarias no es percibida socialmente como tal. La página web del CAC (www.audiovisualcat.net) contiene los acuerdos y la nota de prensa de este organismo:

“El Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña (CAC) aprobó el pasado lunes, 19 de diciembre, un Acuerdo en relación con determinados contenidos emitidos en dos programas de la cadena COPE.

El Acuerdo constata que las empresas concesionarias que, dentro del territorio de Cataluña, prestan el servicio de radiodifusión en frecuencia modulada bajo el citado nombre comercial han incurrido en una vulneración de los límites constitucionales al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de información y de expresión.

La actuación del CAC ha venido motivada por las denuncias recibidas, desde el pasado mes de marzo, por parte de ciudadanos y ciudadanas que se quejaban de algunos de los contenidos emitidos por la cadena COPE, en concreto por los programas La mañana y La linterna. El CAC ha escuchado varias ediciones de dichos programas y ha extraído 24 cortes de voz, que son los que se ha procedido a analizar.

El CAC considera que la COPE recoge en el seno de su línea editorial las convicciones y las ideas de una parte representativa de la ciudadanía y manifiesta su voluntad de garantizar, en términos generales, la contribución que realiza este medio al pluralismo informativo.

No obstante, como resultado del análisis de los citados fragmentos, el CAC considera que la COPE ha incumplido el requisito constitucional de la veracidad en relación con el ejercicio de la libertad de información. En concreto, el Consejo considera que la difusión de ciertas informaciones se ha llevado a cabo sin una labor previa y necesaria de comprobación diligente de búsqueda de los elementos, pruebas o indicios razonables que permitan sustentarlas públicamente. Ante esta falta de acreditación de la información, el Consejo concluye que la actitud del operador responde, esencialmente, a la voluntad de descrédito público de terceros sobre la base de gravísimas acusaciones que no han sido objeto de una mínima comprobación.

Por otro lado, el CAC ha constatado también que se han ultrapasado los límites a los que está sometida la libertad de expresión. Concretamente, se subraya que parte de las expresiones que han sido analizadas se orienta de forma clara hacia el insulto o la vejación pública de determinadas personas y a crear un estado de opinión pública de animadversión hacia representantes democráticos de la ciudadanía, y a ofrecer una imagen denigrada de las instituciones catalanas y de los partidos que las integran.

En consecuencia, el Consejo del Audiovisual de Cataluña considera que algunos de los contenidos emitidos en los programas La mañana y La linterna, difundidos en Cataluña a través de concesionarias integradas dentro de la cadena COPE, ultrapasan los límites constitucionales al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, lo que supone un grave incumplimiento de las obligaciones que les corresponden y que prevé el Decreto 269/1998, de 21

formalmente lo sean, no son percibidos como tales (y es previsible que dejen de serlo en un futuro), y que otros, directamente, no lo son, estamos en vías de asistir a la pérdida de todo sentido de la coartada que aporta el servicio público para intervenir el sector. Por todo ello conviene comenzar a entender estas normas como puras manifestaciones administrativas de ordenación de un sector económico y de la actividad que en el mismo desarrollan sus actores. Con el problema, como ya se ha apuntado, de que ésta, cuando hablamos de medios de comunicación, se encuentra indisociablemente ligada al ejercicio de la libertad de expresión.

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión, al igual que la de sus homólogos europeos o la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América, se ha caracterizado por una enorme preocupación por proteger cualquier manifestación expresiva, en la medida en que no afectara a bienes o valores constitucionales y, muy significadamente, por tratar de salvaguardar la existencia de un entorno y unas condiciones en las que el ejercicio de la libertad de expresión no se vea sometido a cortapisas o restricciones. De ahí la tendencia a entender ciertas regulaciones como medidas de efecto equivalente a la censura y, por tanto, proscritas (depósito de ejemplares, por ejemplo) y de ahí que haya acogido la doctrina del Tribunal Supremo Federal (que, cabe recordar, fue reiterada para anular ciertas restricciones a la libertad de expresión en Internet que pretendía incorporar una norma legal estadounidense) del *chilling effect*: a saber, que no sólo han de proibirse aquellas medidas directamente enervadoras de la libertad de expresión sino también todas aquellas que conformen un marco propicio a la autocontención y a la autocensura por miedo a posibles consecuencias desproporcionadas. Este efecto silenciador que pueden tener algunas previsiones represoras de excesos sobre el discurso plenamente admisible las convierte en inconstitucionales ¹¹.

Semejantes postulados constitucionales son difícilmente compatibles con un entorno

de octubre, del régimen jurídico de las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia para emisoras comerciales.

Asimismo, el Pleno del Consejo aprobó una declaración dirigida a todos los operadores sobre el ejercicio de los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión en el ámbito de la comunicación audiovisual”.

¹¹ Puede verse un estudio detallado de esta cuestión en mi trabajo “Libertad de expresión y pluralismo en la Red”, en *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 65, pp. 133-182, donde se analiza con atención a la importancia, precisamente, de estas consideraciones en las decisiones respecto a la constitucionalidad de ciertos límites a la libertad de expresión en Internet, dado que tales razones fueron determinantes en el juicio que, por ejemplo, realizó al efecto el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos.

donde las Administraciones públicas competentes, sean tradicionales o *independientes* a la manera del *Consell de l'Audiovisual de Catalunya* (las hay en diversas Comunidades Autónomas, entre ellas Valencia y ha sido habitual escuchar la petición de que un tal Consejo debiera existir para España, a la manera de los prestigiosos CSA francés o la *Ofcom* inglesa)¹², cuentan con un abundante aparato de control, intervención e incluso sanción. Y no sólo por la posibilidad, llegado el caso, de retirar la licencia a los concesionarios, sino también respecto de los operadores en aquellos ámbitos ya totalmente liberalizados. E, incluso, respecto de los contenidos audiovisuales en Internet, como ya ha declarado el *Consell de l'Audiovisual de Catalunya* que es su intención llevar a cabo. En la medida en que estas actuaciones afectan al ejercicio de la libertad de expresión, en tanto que continúe vigente la referida doctrina del Tribunal Constitucional, creemos que conviene detenerse en analizar hasta qué punto una intensa supervisión de contenidos a cargo de una autoridad administrativa puede entenderse como uno de esos factores de autolimitación y de presión sobre la libertad que permiten plantear dudas sobre la idoneidad del modelo. A fin de cuentas, estamos desplazándonos, en lo que se refiere al audiovisual, hacia un modelo de control de contenidos muy severo y con una base administrativa cada vez mayor, como demuestra la creciente normativa autonómica. Inevitablemente, ha de reflexionarse sobre hasta qué punto ello implica abandonar la doctrina que remitía el estudio y proscripción de manifestaciones a priori amparadas por la libertad de expresión a jueces y tribunales, encargados de reaccionar *ex post* contra posibles excesos.

Hemos de tener en cuenta que este desplazamiento es más que notable respecto del audiovisual de proximidad, como las normas reguladoras de las televisiones y radios digitales de ámbito autonómico o local demuestran. Cabe mencionar, lo que por otra parte merece ser objeto de un estudio más detallado, las dudas adicionales que genera el hecho de que esta deriva abarque incluso la imposición de sanciones por un órgano administrativo, en aparente contradicción con la mencionada jurisprudencia¹³.

¹² J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación del audiovisual*, Consell de l'Audiovisual de Catalunya-Marcial Pons, 1999.

¹³ Así, a título de ejemplo, la regulación en la Comunidad Valenciana, contenida en la Ley 1/2006, de 19 de abril, de la Generalitat Valenciana, del Sector Audiovisual, contiene una prolífica ordenación del sector de la televisión digital en la Comunitat Valenciana: la norma no sólo fija la situación existente en cuanto a los canales atribuidos a esta Comunidad y las competencias del *Consell de la Generalitat* respecto a la convocatoria y resolución de los concursos para la adjudicación de las correspondientes concesiones sino que también regula la organización de la prestación del servicio, la gestión compartida de los canales múltiples tanto en el ámbito de la TDT autonómica como de la Televisión Digital Local. A esta ordenación estructural añade principios en

Creemos que estas pretensiones de controlar y sancionar por parte de los poderes públicos (caída ya en algunos ámbitos como el cable o el satélite y desplazada *de facto* para el resto del sector) la doctrina del servicio público audiovisual, se enfrentan a evidentes problemas de constitucionalidad. Máxime cuando se articulan a partir de la interpretación de tipos abiertos y basados en una serie de valores cuando menos etéreos (así, la definición de obligaciones de los operadores, por remisión al ya derogado Estatuto de RTVE de 1980). Tendencia que no parece, por lo demás, estar llamada a remitir. Más bien, a la vista de las nuevas competencias sancionadoras reconocidas a estas autoridades administrativas de control, parece que podemos presumir que la dinámica actual tiende más bien a perpetuar la indefinición y las posibilidades de un amplísimo arbitrio por parte de los poderes públicos a la hora de controlar ¹⁴.

materia de programación (que se superponen a los de la norma estatal) y, finalmente, establece un régimen sancionador (en su Título VI) con la confesada intención de, a través del mismo, “garantizar el cumplimiento de esta Ley, de sus normas de desarrollo, así como de las normativas reguladoras de las concesiones de servicios incluidos en el ámbito de la presente Ley” (Exposición de Motivos). Esta completa ordenación es un claro ejemplo de la intensidad con la que se ha producido a estos ámbitos el desplazamiento del control público tradicional sobre el audiovisual y cómo estas nuevas autoridades administrativas (la Ley también crea el *Consell Audiovisual de la Comunitat Valenciana*) se ven dotadas de unas competencias de control de contenidos que no afectan sólo a los operadores cuya naturaleza es la de concesionarios de la Administración y que, además, tienen el respaldo de un aparato coercitivo de naturaleza administrativa. Téngase en cuenta, a estos efectos, que como es norma en estos casos el apoderamiento que recibe el órgano a la hora de definir legalmente su ámbito de actuación va mucho más allá de quedar restringido al audiovisual calificado todavía de servicio público. Así, a título de ejemplo, el artículo 2 de la Ley valenciana contempla un ámbito de aplicación que incluye: “a) A los servicios de radiodifusión sonora y televisiva cuyos ámbitos de cobertura, cualquiera que sea el medio de transmisión empleado, no excedan los límites territoriales de la Comunitat Valenciana, incluidas las emisiones de cobertura limitada al ámbito de la Comunitat Valenciana realizadas por medios de comunicación cuyo ámbito de cobertura sea superior. b) A los servicios de difusión sonora y televisiva cuya prestación se realice directamente por La Generalitat o por operadores públicos y privados a los que ésta haya conferido un título habilitante dentro del ámbito autonómico.

c) A aquellas personas físicas o jurídicas que realicen actividades audiovisuales y a las que La Generalitat considere susceptibles de percibir aportaciones públicas para su fomento”.

¹⁴ Hay que tener en cuenta que, como se ha comentado reiteradamente, y el Acuerdo del *Consell de l'Audiovisual de Catalunya* al que antes hacíamos referencia es buena prueba de ello, que las sanciones posibles se refieren a incumplimientos de una regulación cada vez más detallada y prolija respecto de ciertas obligaciones (cuotas de producción propia, ahora ya no sólo nacional sino también autonómica) pero que sigue siendo extraordinariamente evanescente respecto de los

No ha de extrañar por ello que las contadas medidas que hasta la fecha se han adoptado hayan generado no poca polémica. Porque a estas amplísimas e incontrolables facultades de intervención se ha unido históricamente en la práctica una patente desidia de los poderes públicos para actuar, por ejemplo, reclamando a los operadores el efectivo cumplimiento de sus obligaciones como un concesionario de un servicio público. De forma que, cuando alguna actuación, siempre aislada, se ha producido, inevitablemente ha caído sobre ella la sospecha de la arbitrariedad y de que no estábamos sino ante el empleo de esa suerte de espada de Damocles que permanentemente pende sobre todos los actores del sector con fines cuando menos desviados. Así, de forma que no puede sorprender, la deslegitimación de las actuaciones sancionadoras (de nuevo, por ejemplo, la reciente actuación del *Consell de l'Audiovisual de Catalunya* contra algunos de los contenidos emitidos por la cadena COPE permite ilustrar perfectamente el caso) no proviene sólo de su posible endeblez jurídica a raíz del panorama que venimos describiendo, sino que suma a ello el hecho de que, al margen de la mayor o menor solidez de su trabazón jurídica, las sospechas respecto de las verdaderas motivaciones y objetivos perseguidos por las mismas acaba desproveyéndolas de toda credibilidad.

III. DEL CONTROL PÚBLICO A LA INJERENCIA POLÍTICA: LOS CONCESIONARIOS DE TELEVISIÓN DIGITAL LOCAL Y AUTONÓMICA

El análisis de la forma en que la intervención pública se produce de manera global en el sector, las dinámicas interventoras que se manifiestan y la importancia que siguen teniendo decisiones de los poderes públicos a la hora de conformar el sector, permiten contemplar sin sorpresa el panorama que, respecto de las concesiones de televisión digital local y autonómica, que están llamadas a configurar el nuevo audiovisual de proximidad junto a los operadores de titularidad pública, está ya configurándose jurídicamente. Que, sin tener necesariamente que prejuzgar absolutamente la estructura del sector, sobre la que no pocos condicionantes económicos tendrán a medio y largo plazo mucho que decir, tiene una importancia que es difícil sobrevalorar.

cumplimientos que pueden parecer más conflictivos. Si comparamos el tradicional artículo 4 del antiguo Estatuto de RTVE (aplicable, en principio, a los operadores *privados* todavía, salvo que entendamos que la obliga de la Ley de Televisión Privada se refiera ahora a la nueva norma para el audiovisual público) con los principios hoy contenidos en el ya mencionado artículo 3 de la actual Ley 17/2006, de la radio y televisión de titularidad estatal o con cualquier ejemplo de producción autonómica (como el artículo 16 de la norma valenciana, correlato regional de aquéllos) comprendemos hasta qué punto ello es difícil de modificar y prácticamente imposible legislar sin dejar un amplísimo poder de modulación e interpretación al aplicador de la norma.

Instalado todavía nuestro ordenamiento en la lógica, que nos es conocida, del servicio público (por mucho que la capacidad de intervenir en sectores económicos a efectos de determinar títulos habilitantes al margen de la misma habría permitido llegar a un resultado final idéntico empleando otros instrumentos jurídicos ¹⁵), los diversos gobiernos autonómicos no han tenido más remedio que acudir las concesiones administrativas y lo han aprovechado para intervenir indirectamente fuertemente el sector, donde puede apreciarse la consolidación de dinámicas espurias, de entre las que creemos que es especialmente importante resaltar, al menos, dos:

- El panorama mediático real que se está conformando no tiene nada que ver en muchos casos con el diseño normativo teórico previsto, tanto el contenido en la norma estatal como, en algunos casos, incluso con el diseñado por las mayorías parlamentarias autonómicas que sustentan al mismo ejecutivo regional encargado de alterar el equilibrio diseñado legalmente.

- Las concesiones están siendo empleadas para tratar de influir en la afirmación de grupos mediáticos potentes, multimedia, de ámbito mayor al de cada demarcación, con la idea de potenciarlos más allá de la misma y facilitarles economías de escala, por una parte, junto a mayor capacidad de influencia pública (anomalía que se completa con la nada disimulada pretensión de fortalecer aquellos actores del sector que se entiende que contribuyen a afianzar las posiciones que son sentidas por la Administración de turno como más cercanas).

Respecto de la primera cuestión, las concesiones de TDT de ámbito local y autonómico, en todas y cada una de las Comunidades Autónomas en que se han realizado, han acabado dibujando un panorama mediático radicalmente diferente al que se deducía de la legislación estatal encargada de enmarcar el proceso. No nos interesa ahora iterar las condiciones concretas impuestas por el marco normativo, tanto el estatal como el de las diversas Comunidades Autónomas ¹⁶, como señalar que las diversas previsiones que trataban de garantizar un mayor pluralismo han acabado siendo en no pocas ocasiones letra muerta. Las previsiones normativas pretendían la creación de

¹⁵ L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

¹⁶ En este sentido, es muy completo el trabajo de L. DEL CANTO SORIANO, “La televisión digital terrestre en España. Medidas administrativas para la implantación de una nueva tecnología”, que he tenido la ocasión de manejar aunque todavía no ha sido publicado, donde se analiza cuidadosamente la evolución, a lo largo de las diversas fases de su implantación, del espacio concedido por la norma estatal a las regulaciones de las diversas Comunidades Autónomas.

medios de proximidad, que no emitan (en principio, salvo algunas excepciones y siempre por debajo de un determinado umbral) contenidos en cadena, que no constituyan redes coordinadas que sean alternativa a concesionarios de un ámbito superior (esto es, que las concesiones de televisiones locales no acaben constituyendo de facto por asociación de todas ellas una nueva licencia autonómica; que estas últimas no empleen idéntico mecanismo para constituir redes nacionales alternativas), que no compartan la propiedad, que los accionistas que dispongan de cierta cobertura local ya no pueda optar a la autonómica en ese mismo territorio y viceversa, de igual manera que quienes tienen ya una licencia nacional no podrán superar un umbral de cobertura por medio de licencias autonómicas. La realidad ha demostrado que, quizás con la única excepción, -según sus defensores, como consecuencia de que ha sido una Administración *independiente* la encargada de resolver los concursos-, de Cataluña, estos criterios y la prima a los medios de proximidad han ido quedando sistemáticamente orillados en los diversos concursos realizados por las Comunidades Autónomas. Lo cierto es que, constatada esta radical discordancia entre los objetivos de la norma y la realidad de las adjudicaciones, sería deseable que se asumiera de una vez por todas en qué terreo de juego nos encontramos y bien el Estado modificara la norma dando por bueno la que ha sido su generalizada aplicación, bien tratara de hacerla valer en Derecho. Porque, en la actualidad, la lectura de las previsiones sobre televisión local terrestre no lleva sino a la confusión y a una radical desinformación respecto del cuál es el panorama real que se está configurado en el sector.

Frente a la potenciación en la norma de las emisiones locales, de proximidad, por medio de previsiones tales cuales la prohibición de emisión en cadena de las televisiones locales-comarcales de un mismo propietario o la exigencia de pluralismo externo impidiendo que un mismo concesionario concentre licencias en varias demarcaciones, la realidad es que contamos con licencias autonómicas que previsiblemente pueden convertirse en el germen de cadenas de ámbito nacional y con licencias locales-comarcales que previsiblemente pueden convertirse en el germen de cadenas de ámbito autonómico o, incluso, nacional. La aberrante resolución de los concursos, primando sistemáticamente a grandes grupos mediáticos de ámbito nacional o en su defecto favoreciendo la creación de nuevos entramados empresariales de diverso cuño pero ámbito mayor al de la concesión, junto a la preterición de las iniciativas más arraigadas en el territorio, han santificado la torcida aplicación de una norma que aspiraba justamente a lograr el efecto contrario ¹⁷.

¹⁷ La cuestión merece un estudio detallado, pero no voy a realizarlo porque ya hay quien lo ha hecho. Esta cuestión ha sido concienzudamente trabajada por J. V. GAMIR RÍOS (con especial

Si a ellos añadimos que previsiblemente la emisión en cadena acabará siendo consentida más allá de las limitaciones existentes (al menos, eso hacen suponer el panorama accionario de los concesionarios, que se verán inevitablemente tentados de recurrir a ella, y el hecho de que los controles sobre este tipo de cuestiones, por ejemplo con la televisión local hertziana, nunca hayan sido especialmente lucidos) y, como segundo factor, que es evidente el empleo por parte de los poderes públicos de las adjudicaciones con la intención de primar a conglomerados audiovisuales “afines”, el panorama global es más bien desolador. Se ha perdido una oportunidad histórica para lograr la consolidación de una comunicación de proximidad, de base local, apta para servir a las necesidades informativas que le son propias, y se ha puesto de manifiesto una vez más el nulo compromiso de los poderes públicos con la consecución de un marco de pluralismo: ya sea por medio de la no intervención (que no es el caso, de momento, dado nuestro marco jurídico), ya sea empleando de manera no torticera la

intensidad respecto de la Comunidad Valenciana), en un trabajo titulado “Las concesiones de TDT local: Cambios en la estructura del sistema mediático español”, *XIII Jornadas Internacionales de Jóvenes Investigadores en Comunicación*, Zaragoza, octubre 2006, de forma que me limitaré a exponer las evidencias que recoge: los concursos en las Comunidades Autónomas que ya han adjudicado sus licencias han beneficiado sistemáticamente a grandes grupos nacionales y a nuevos conglomerados de ámbito supra-comarcal. La situación se repite, aprovechando los intersticios que permite la propia normativa o, directamente, de forma flagrantemente ilegal, en Murcia, en Baleares, en Madrid, en Valencia... El panorama final nos presenta a concesionarios supuestamente locales o comarcales que acaban disponiendo de una licencia en todas las demarcaciones de la Comunidad Autónoma (así ocurre en dos casos en Murcia), algunos que incluso disponen de más licencias que demarcaciones tiene la isla (Baleares) o con situaciones en la práctica sustancialmente idénticas (en Valencia una empresa de nuevo cuño, Mediamed, controla licencias en todas las demarcaciones a excepción de una)...

Esta situación no es necesariamente consecuencia de una adjudicación ilegal: a veces se llega a ella con posterioridad a la misma por medio de operaciones en el capital de los concesionarios (asunto éste en el que los déficits en el control público han sido siempre, como es sabido, notorios), o se aprovecha la posibilidad de que administrativamente se exceptúen las condiciones definidas legalmente (así, en el caso de Murcia, donde la propia norma lo permite). Pero que no lo sea no quita nada a la alteración de la voluntad definida por el legislador respecto del modelo de comunicación local planteado. Si, en el fondo, lo que se entiende más oportuno es una ordenación del sector con perfiles diferentes (más concentrado, que permita aprovechar más las sinergias y las economías de escala, que articule medios de más dimensión y ámbito alternativos a los ya existentes) lo que sería conveniente es plasmarlo así en la norma, dentro del respeto al marco estatal, y no alterarlo de facto. Aunque, lamentablemente, esta reflexión también puede trasladarse a la ordenación estatal del sector.

capacidad de conformación del espacio audiovisual que todavía retienen.

IV. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA FRENTE A LA SALVAGUARDIA DEL PLURALISMO

Es posible que las propias exigencias del mercado, de su madurez (o, si es el caso, inmadurez) y de la necesidad de rentabilización, obliguen a la búsqueda de economías de escala y acaben propiciando la concentración y la emisión en cadena. Así ha ocurrido de hecho en la radiodifusión, a pesar de que era lo que el esquema legal ordenador, en principio, tenía en mente. Sin embargo, nos encontramos en España, y el ejemplo de la TDT local y autonómica es un excelente reflejo de ello, con una dirección política que impide que las dinámicas propias del libre mercado se manifiesten: en la duda sobre qué habría de ocurrir, y contrariando los deseos expresados en las leyes reguladoras, las propias administraciones autonómicas ya se encargan de concentrar las concesiones para asegurarles a sus beneficiarios las necesarias economías de escala y, de paso, excluir cualquier posible factor llamado a inquietar el predominio de los grandes operadores.

En términos de pluralismo, las concesiones de TDT local y autonómica han consolidado aún más la presencia de los grandes grupos mediáticos de ámbito nacional (Vocento, Recoletos, Prisa, Unidesa, Conferencia Episcopal), han propiciado la aparición de un entramado de signo conservador que hasta ahora carecía de licencias (Libertad Digital - Intereconomía) y por último han creado algún grupo de nuevo cuño en cada Comunidad Autónoma (el caso de Mediamed en Valencia). Al menos, podría decirse, se ha consolidado a los operadores existentes en el mercado (si bien, hay que decirlo también, de manera poco homogénea, pues la facilidad con la que PRISA-Localia ha obteniendo licencias en algunas regiones contrasta con su exclusión de otras y viceversa, si analizamos lo ocurrido con la COPE, LD TV o los medios habitualmente tenidos por afines a la derecha) y se ha permitido incluso la aparición de algún otro actor. Siendo ello cierto, lo es sobre todo que este tipo de actuación pública no es de recibo como también que no se compadece con los objetivos que perseguía la implantación de la TDT local y autonómica.

Probablemente el propio recurso al concurso, el sistema de pliegos empleado, ha fomentado una prima a los grupos ya existentes, más potentes, con mayor músculo financiero y más experiencia. Lo que ocurre es que, en tal caso, estamos ante unos pliegos mal diseñados o, en cualquier caso, definidos de una forma tal que restringen gravemente la competencia y dificultan la llegada de nuevos actores al mercado, así como la aparición de pequeños empresarios de base local que no cuentan con una infraestructura de apoyo poderosa. A estos efectos no es gratuito mencionar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mantiene una consolidada línea en el

sentido de considerar que, a la hora de contratar con la Administración (en el ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública) la experiencia puede ser, como mucho, una exigencia para acudir a la licitación pero nunca un criterio para decidir la misma o un mérito que deba ser computado, so pena de introducir elementos que impiden la libre competencia ¹⁸.

La situación de llegada respecto de los medios locales y autonómicos refleja a la perfección las dinámicas que dominan la regulación e intervención pública sobre el sector del audiovisual en nuestro país desde la aprobación de la Constitución de 1978: contamos con un sistema normativo de aluvión, poco o nada sistemático, masivamente incumplido y que ha impedido la realización efectiva de un pluralismo recio y fuerte más allá del afianzamiento, con los años, de un cómodo (sobre todo para sus integrantes) oligopolio moderadamente variado.

Los poderes públicos han acabado por eliminar todas o casi todas las exigencias de pluralismo interno a los medios (los conocidos topes accionariales). Es una opción bastante razonable y sobre todo realista, dado que aquéllos nunca se habían controlado con rigor, hacer desaparecer letra en la práctica muerta de nuestro ordenamiento. Respecto del pluralismo externo, las contadísimas normas han sido siempre o casi siempre burladas, ignoradas y, llegado el caso, modificadas a gusto de los medios de comunicación dominantes. Se trata de una actuación imputable al legislativo, al ejecutivo e incluso al poder judicial: cuando finalmente el Tribunal Supremo anuló la actuación del Gobierno autorizando la concentración de las emisoras de Antena 3 de Radio y la Sociedad Española de Radiodifusión en Unión Radio tampoco demostró nunca demasiado interés en hacer ejecutar la sentencia ¹⁹. Finalmente, como acaba ocurriendo habitualmente, es la norma la que se ha adaptado a la realidad o a los deseos de los operadores del sector. En este caso, dado que se hizo tras una sentencia judicial firme invalidando una actuación administrativa que se declara ilegal, recurriendo a la convalidación por medio de una reforma legislativa posterior de la actuación tachada de ilegal por el expediente de, simplemente, modificar el parámetro de control de la

¹⁸ Basta recordar aquí el obligado giro que en la tradición española ha introducido desde el derecho de la contratación pública europea, en principio referido al contrato de obras, la tendencia del Derecho comunitario a considerar atentatoria contra la competencia la apreciación de la experiencia como un mérito. Como recuerda J. M. BAÑO LEÓN, “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, afirmando que la jurisprudencia *Beentjes* es plenamente aplicable en nuestro Derecho.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000.

regularidad de la actuación (o sea, la ley) ²⁰. Más allá de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta actuación, sobre la que probablemente no es momento de detenernos ²¹, este tipo de actuación dice mucho sobre la forma en que se articula la

²⁰ La convalidación es operada por medio de una modificación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, que es llevada a cabo por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urges para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, que deja la norma sobre concentración de emisoras de radio en un punto que permite considerar que la actuación administrativa otrora ilegal, por contravenir la norma, ha acabado por encontrar fácil acomodo en la misma:

“Los párrafos d) y e) de la disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, quedan redactados del siguiente modo:

d) Una misma persona física o jurídica no podrá, en ningún caso, controlar directa o indirectamente más del cincuenta por ciento de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura. En todo caso, una misma persona física o jurídica, no podrá controlar más de cinco concesiones en un mismo ámbito de cobertura.

En una misma comunidad autónoma ninguna persona física o jurídica podrá controlar más del cuarenta por ciento de las concesiones existentes en ámbitos en las que sólo tenga cobertura una concesión.

Ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente más de un tercio del conjunto de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado.

Con el objeto de limitar el número de concesiones cuyo control puede simultanearse, a la hora de contabilizar estos límites no se computarán las emisoras de radiodifusión sonora gestionadas de forma directa por entidades públicas.

A los efectos previstos en este apartado, se entenderá por control los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio.

e) Los límites anteriores se aplicarán de forma independiente a las concesiones para la emisión con tecnología digital y a las concesiones para la emisión con tecnología analógica.”

Recientemente, el pasado 28 de febrero, los medios de comunicación informaban de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, en un auto que todavía no ha sido publicado, de considerar imposible de ejecutar su sentencia de 9 de junio de 2000 precisamente por haber intervenido la convalidación legislativa reseñada.

²¹ Para un análisis de las posibilidades de que el legislador dispone en nuestro ordenamiento, sin atender contra el marco constitucional, de actuar de esta manera frente a actuaciones administrativas declaradas ilegales, véase mi trabajo *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, 2004.

actuación de los poderes públicos sobre el sector.

En España, cada vez que ha existido la posibilidad de incrementar el número de operadores, se ha optado sistemáticamente por aquellas alternativas que más limitaban, en realidad, el pluralismo. Así, se ha mantenido el control sobre el sector con la pervivencia de la declaración de servicio público y se ha elegido siempre (con la lógica aquiescencia de los medios de comunicación ya instalados y de la opinión publicada) un modelo de competencia controlada entre *los que ya están*, dificultando la entrada de nuevos operadores. Las posibilidades de aumento del pluralismo con la arribada de la TDT se liquidaron permitiendo que un solo operador (Quiero TV) se hiciera con una quincena de programas. Tras el fracaso comercial de esta operación los canales y sus correspondientes frecuencias han sido repartidos entre los grandes medios, entre los operadores preexistentes ²². No es nada sorprendente que no haya habido, por ello, excesiva polémica. A fin de cuentas, quienes disponen del altavoz para hacer oír su voz crítica son los principales beneficiados por la exclusión de todos los demás. Pero no deja de ser una obviedad, y como tal ha de ser afirmado y denunciado, que fomenta más el pluralismo que entren nuevos operadores aprovechando esos programas frente a que los ya instalados repitan en esas frecuencias sus mismos contenidos a distintas horas o creen nuevos canales de interés dudoso y audiencia ínfima (la rentabilidad de los mismos se halla no tanto en el interés que generan, de audiencia y publicitario, sino más bien en que, mientras estén ocupados como ventanas *bis* de los actores ya asentados no lo pueden ser por otros y, en consecuencia, impiden la entrada de más competencia).

Conviven en la actualidad estos últimos coletazos de un modelo que supone un férreo control a través de medidas de tipo jurídico sobre el audiovisual con la aparición de ciertas fisuras fruto de la evolución social y tecnológica. El ecosistema mediático en Internet es en algunos aspectos diferente y más rico que el audiovisual. Ocurre, no obstante, que la potencia de los grandes medios que oligopolizan el audiovisual, así como la mayor relevancia pública y visibilidad de las ventanas tradicionales (televisión hertziana y radio), permiten aventurar que la labor pública de diseño de la estructura de medios en España habrá logrado contribuir notablemente a la conformación del sector al menos en la próxima década. Téngase en cuenta que las mayores opciones de rentabilización, así como de influencia política, siguen siendo las que con mano de hierro conservan las Administraciones en la definición de servicio público. Y que, en muchos casos, la traslación a Internet de ciertas modalidades comunicativas no es además nada sencilla o al menos no en términos de transformación de hábitos de consumo de los productos audiovisuales ya muy arraigados.

²² Por medio de una norma, por cierto, denominada de “fomento del pluralismo”.

La evolución futura, dada la actual situación, es previsible que consagre una profundización en los actuales rasgos del sistema, donde en la práctica la noción de servicio público, que ha servido de instrumento para diseñar el sector, está perdiendo fuelle. Los poderes públicos acabarán por desistir y residenciarán sus aspiraciones intervencionistas en la gestión por medio de entes *independientes* de una política audiovisual que se presentará como neutral y defensora de los valores consagrados en las diversas leyes y cartas. Allí donde la técnica y el mercado han permitido la convivencia de diversas empresas empezará a sentirse con más crudeza el exotismo dogmático que supone seguir predicando la subsistencia de la teórica monopolización del sector por parte de la Administración (así, por ejemplo, en la radio) y es de prever que sea donde primero desaparezca definitivamente. Quizá la propia pérdida de vigencia informativa de la radio, cada vez más tematizada y de opinión, su misma marginación, facilitarán que se produzca sin traumas el desapoderamiento del Estado en el sector.

A medida que esta situación alcance también a la televisión, algo que inevitablemente llegará también dado que es obvio que vamos hacia un ecosistema mediático mucho más rico, difuso, plural e incontrolable (siquiera sea sólo por la propia evolución técnica, social y económica), la vieja intervención administrativa en el sector con base en su afirmación como servicio público decaerá. Subsistirán otras vías, ya sea la relativa a los contenidos a que nos hemos referido (que habrá de ser confrontada, tarde o temprano, a la concepción constitucional clásica sobre la protección de la libertad de expresión), ya sean formas más o menos evidentes de *indirizzo* político que, muy previsiblemente, se articularán a partir del control o establecimiento de premios o incentivos económicos sobre los operadores. No será ya un control férreo y jurídico, no contará con la inestimable (y que no ha de ser nunca minusvalorada) ayuda del Boletín Oficial del Estado, pero es razonable pensar que seguirá teniendo una gran importancia, al menos durante un tiempo. Como es obvio, estas posibilidades de control son tanto más eficaces cuanto menores sean las dimensiones de los medios. Precisamente por este motivo es posible pensar que será en el audiovisual de proximidad donde inevitablemente esta influencia se hará sentir con más fuerza.