

SERVICIOS PÚBLICOS

INFORME ANUAL - 2010 - ESPAÑA

(Junio 2011)

Dra. M^a José BOBES SÁNCHEZ

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. SECTOR AUDIOVISUAL

- 2.1. El Servicio público de comunicación audiovisual.*
- 2.2. Acceso a la prestación del servicio y régimen jurídico*
- 2.3. Derechos del público y derechos de los prestadores del servicio.*
- 2.4. Autoridad independiente del sector audiovisual.*

3. SECTOR AERONÁUTICO

- 3.1. Separación de las funciones de navegación aérea y gestión aeroportuaria.*
- 3.2. Patrimonio Aeroportuario.*
- 3.4. Gestión individualizada de los aeropuertos.*

4. LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS.

- 4.1. Telecomunicaciones y sociedad de la información.*
- 4.2. Transporte.*
- 4.3. Organismos reguladores.*

5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El concepto tradicional de servicio público responde a una posición del Estado hoy desconocida. Y si bien el recurso a dicha noción se mantiene conforme a un acuerdo más o menos implícito, la realidad que en la actualidad pretende abarcar tiene muy poco que ver con la ideología que le dio vida. Porque dicha transformación está presente en el régimen jurídico en vigor de los distintos “servicios públicos”, parece conveniente dedicar unas palabras previas que reflejen la nueva relación establecida entre lo público y lo privado, el Estado y la Sociedad y, sobre todo, su traducción en las concretas técnicas jurídicas que persiguen hoy la satisfactoria prestación de las actividades y servicios demandados por los ciudadanos, objeto, en definitiva, de esta crónica legislativa. Hemos de comenzar señalando que no existe hoy un concepto unívoco de servicio público que haya sido capaz de englobar la complejidad de dicha transformación. A ella suele aludirse afirmando concisamente que el Estado gestor ha dado paso al Estado regulador y garante y es, ciertamente, la noción de regulación la que permite ofrecer una explicación sistemática de todo ello. Brevemente pueden ofrecerse los trazos más gruesos de este cambio, suficientes para comprender la importancia de las modificaciones normativas que se relatan en estas páginas.

Si bien la responsabilidad y garantía de la satisfacción de los intereses generales sigue siendo tarea estatal, la forma de lograrlo ha cambiado. La regulación debe, en primer lugar, decidir qué servicios públicos se reservan aún a la titularidad de las Administraciones públicas y, en su caso, la forma de organizarlos y gestionarlos. Pero si decide entregarlos al sector privado deberá garantizar que se ofrezcan en grado suficiente y en condiciones de calidad. El sector privado, que estará normalmente interesado en aquellos sectores económicamente rentables, deberá atender a las denominadas “misiones de servicio público”¹ impuestas directamente por el regulador al ordenar la actividad correspondiente.

¹ La posición central que ocupa la noción de regulación en la actual realidad jurídica se debe al Prof. Santiago Muñoz Machado y a él corresponde el mérito de haber elaborado un cuadro sistemático de las instituciones y principios jurídicos que encierra. La consulta del Capítulo III, titulado “La actuación regulatoria de la

Al regulador corresponderá, en consecuencia, la supervisión, inspección y control de aquellas. Al tiempo, puesto que es posible la concurrencia de empresas públicas y privadas en un mismo sector, también le corresponderá la regulación de los instrumentos jurídicos dispuestos para garantizar la competencia y la igualdad de condiciones que ha de presidir las relaciones entre todos los operadores.

De modo que puede señalarse sintéticamente que mediante la regulación se decidirá no sólo la titularidad pública o no de los servicios, sino también su forma de gestión en el primer caso, la imposición de obligaciones, en el segundo y la garantía de la competencia en el supuesto de concurrencia de operadores públicos y privados.

A lo largo de este último año se han producido varias modificaciones normativas en distintos servicios públicos, si bien de distinto alcance e importancia.

En primer lugar, la reordenación jurídica que en las últimas décadas había afectado a casi todos los servicios públicos, ha alcanzado por fin al sector audiovisual. Con la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual², se reúnen en un solo texto los principales aspectos de su régimen jurídico que hasta ahora se encontraban dispersos en multitud de normas, algunas de ellas claramente anacrónicas. Por otro lado, las reformas que el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de Diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo³ ha introducido para la modernización del servicio aeronáutico consisten fundamentalmente en la separación de las funciones de gestión y navegación aeronáuticas y

Administración pública”, de su *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, Tomo IV, Iustel, 2011, págs. 487 y ss, para salvar el esquematismo del texto es, por ello, imprescindible.

² BOE, núm. 79, de 1 de abril de 2010.

³ BOE, núm. 293, de 3 de diciembre de 2010.

la entrega de aquellas a una sociedad mercantil para hacer frente a las necesidades de financiación.

Por último, la aprobación hace unos meses de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁴, un prodigio de la mala técnica legislativa, justificada en los cambios necesarios para incentivar y acelerar el desarrollo de la economía, ha supuesto la modificación de numerosas leyes como corresponde a su carácter transversal. Se mencionarán puntualmente aquellas que afectan a los servicios públicos.

1. SECTOR AUDIOVISUAL

Unificar el disperso panorama normativo reinante en el sector audiovisual era desde luego una tarea ineludible y así lo prueba el hecho de que con la aprobación de la Ley General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA) se hayan derogado total o parcialmente diecisiete leyes y un Decreto- Ley. Pero son, en realidad, otros dos motivos los que han urgido finalmente la aprobación de esta norma. Uno de carácter técnico, ya que la adaptación a la tecnología digital, que ha permitido un crecimiento exponencial de los servicios ofertados y de las empresas dispuestas a competir en el mercado, exigía continuar con la renovación del marco jurídico del sector. En segundo lugar, la necesidad improrrogable de cumplir con el Derecho Europeo ya que el plazo de transposición de la norma europea que establece dicha ordenación, la Directiva 2007/65/CEE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento y Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, había sido ya superado. La ley, que ciertamente es clave para el régimen jurídico del sector audiovisual, trae consigo varias novedades de las que destacamos las que se refieren al concepto de servicio público de comunicación audiovisual y su régimen jurídico, los derechos del público y de los prestadores del servicio o la configuración de una nueva autoridad independiente en el sector audiovisual.

⁴ BOE, núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

2.1. El servicio público de comunicación audiovisual

La normativa sobre medios de comunicación ha sido un campo fértil para el alumbramiento de distintos conceptos más o menos próximos al del servicio público tradicional en un intento de precisar la aplicación a los mismos de las reglas de la competencia. En este sentido, se ha afirmado que la Ley General de la Comunicación Audiovisual es mucho más clara que otras normas precedentes a la hora de establecer la posibilidad de recurrir al art. 106.2 TFUE en la medida en que el cumplimiento de las obligaciones o misiones de servicio público así lo exijan⁵. En su art. 22.1, los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos, se definen como *servicios de interés general* mientras que en el art. 40.1 se señala que “El servicio público de comunicación audiovisual es un *servicio esencial de interés económico general* que tiene como misión difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España, y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual. Asimismo los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual atenderán a aquellos ciudadanos y grupos sociales que no son destinatarios de la programación mayoritaria”.

En todo caso, es obvio, que ha de estarse a la regulación que del acceso, contenido y obligaciones establece la ley para precisar el alcance de dicha afirmación y al régimen establecido en las leyes 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal y 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, puntualmente modificadas por la LGCA y junto a la que conforman el corpus vigente en materia audiovisual. La LGCA ha recogido escuetamente algunos aspectos que

⁵ Vid., MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, Tomo IV, Iustel, Madrid, 2011, págs. 562 a 567.

las mencionadas leyes regulan detalladamente. Así dispone que los objetivos generales de la función de servicio público se fijarán para un período de nueve años mediante la suscripción de contratos programas por el Estado y las CCAA en sus respectivos ámbitos de competencia; establece unos límites para los prestadores de servicio público audiovisual de titularidad pública respecto del espacio radioeléctrico que el Estado les puede reservar y, por último, diversas reglas relativas a la financiación entre las que se menciona la transformación de la Corporación RTVE en una sociedad mercantil estatal. Pretende con ello imponer en su condición de norma básica distintos elementos del régimen jurídico del sector audiovisual al resto de Administraciones lo que obligará a la transformación del marco jurídico en aquellas Comunidades Autónomas que aún no se habían acomodado al modelo estatal.

2.2. Acceso a la prestación del servicio y régimen jurídico.

El acceso a la prestación del servicio exige la obtención de licencia, que se otorgará mediante concurso, si la actividad se presta a través de ondas hertzianas terrestres mientras que para el resto de supuestos, por tratarse de un segmento liberalizado, bastará con una comunicación previa al inicio de la actividad. La autoridad audiovisual competente es el Gobierno, sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas en la planificación de las licencias mediante mecanismos de colaboración y cooperación.

Se establecen diversas reglas para la celebración de los concursos de adjudicación de licencias con la intención de dotar de mayor transparencia a estos procesos, estableciéndose incluso algunas obligaciones para las Administraciones competentes respecto a las convocatorias y su resolución. Se disponen igualmente novedosas previsiones respecto a la duración, renovación y extinción de licencias. Se otorgarán por un plazo de 15 años y las renovaciones serán por regla general automáticas, bajo determinadas condiciones, si bien se establece que deberá procederse a su adjudicación en régimen de libre concurrencia cuando, entre otros requisitos señalados por la ley, exista un tercero que la pretenda, lo que puede limitar claramente la predicada renovación automática. La adjudicación de la licencia lleva aparejada la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico de conformidad con la planificación establecida por el Estado, sin

que las mejoras tecnológicas permitan un mayor aprovechamiento de modo que se superen las condiciones establecidas en la correspondiente licencia. Por último, la celebración de negocios jurídicos que tengan por objeto las licencias otorgadas requiere la autorización previa de la autoridad audiovisual competente, estando sometidas su transmisión y arrendamiento a determinadas condiciones fijadas en la propia ley.

2.3. Derechos del público y derechos de los prestadores del servicio

Según indica su Preámbulo, la ley responde a la necesidad de dar seguridad jurídica a la industria y posibilitar la creación de grupos empresariales audiovisuales con capacidad de competir en el mercado europeo pero garantizando al tiempo el pluralismo y la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ello, se recoge conjuntamente al comienzo de la misma, en su Título II, los derechos del público y de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Derechos del público. Además de recoger diversos aspectos ya contemplados en la legislación existente, como el relativo a los contenidos de la publicidad o los derechos de los menores, se dispone el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural, transparente y a la diversidad cultural y lingüística con mención de la reserva de tiempo de emisión para obras europeas y los porcentajes con que los prestadores deben contribuir a financiar la producción europea de películas cinematográficas y de películas y series de televisión. También se mencionan, con novedad, los derechos de las personas con discapacidad y el derecho de participación en el control de los contenidos audiovisuales conforme al ordenamiento jurídico o los códigos de autorregulación que se elaboren.

Derechos de los prestadores del servicio. La libertad de prestación del servicio, observando siempre las obligaciones que le incumben como servicio de interés general que es, ampara la libertad de selección de contenidos y horarios entendida como libertad en la dirección editorial. Se contempla igualmente el derecho de acceso a los servicios de comunicación electrónica que, conforme a las capacidades técnicas y de acuerdo a lo establecido en la normativa sectorial de telecomunicaciones y servicios de comunicaciones electrónicas, podrán ser libremente pactados por las partes. Y también se prevé el derecho a

la autorregulación permitiendo la elaboración de códigos que deberán comunicar a las autoridades audiovisuales competentes encargadas de velar por su cumplimiento, y al organismo de representación y consulta de los consumidores según el ámbito territorial afectado.

Dentro del derecho a realizar comunicaciones comerciales, se permiten crear canales dedicados exclusivamente a emitir mensajes publicitarios y de venta por televisión. Se contempla el derecho al patrocinio y se regula el emplazamiento de productos ofreciendo cobertura legal a una práctica habitual prevista por lo demás en la Directiva que se transpone. Ha de señalarse que el cómputo de emisión de estos espacios se aplica de modo distinto a la legislación anterior y sin incluir los tiempos que ocupan el patrocinio o el emplazamiento de productos o sin limitar la autopromoción lo que puede restar considerablemente el tiempo dedicado a la emisión televisiva.

Especial mención merece el derecho a contratar la emisión en exclusiva de contenidos. La LGCA mantiene en general la regulación ya establecida por la Ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, que ahora deroga, y lo regulado al respecto por la Directiva. Contiene como novedad una enumeración de aquellos acontecimientos entre los que la autoridad reguladora independiente ha de escoger con el fin de elaborar un catálogo con vigencia bienal que han de emitirse en abierto y con cobertura estatal, precisándose si se retransmitirán total o parcialmente en directo o en diferido. Sin embargo, también la propia autoridad reguladora puede añadir, por mayoría de dos tercios, algún acontecimiento no previsto por la Ley.

2.4. Autoridad independiente del sector audiovisual

Una de las principales novedades de la Ley es la creación de la tan demandada autoridad independiente en el sector audiovisual denominada Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y que estará adscrita al Ministerio de la Presidencia. La ley dispone sus funciones como autoridad independiente supervisora y reguladora de la actividad de los medios de titularidad del Estado o que estén bajo su competencia y le atribuye potestad

sancionadora. Estará integrada por la Presidencia, la Vicepresidencia y las consejerías cuyos titulares serán nombrados por el Gobierno a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de 3/5 entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual, cuyo mandato tendrá una duración de seis años, no renovable, renovándose parcialmente cada tres años, por grupos de cuatro y cinco de sus integrantes. Debe elevar anualmente a las Cortes Generales un informe sobre el desarrollo de su actividad y sobre la situación del mercado audiovisual.

El CEMA estará asistido por el Comité Consultivo, que es también órgano de participación ciudadana, y se crea la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones cuyo cometido es el control del espacio radioeléctrico y su protección frente la ocupación o el uso efectivo ilegal del mismo. Su estatuto y funciones estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones.

3. SECTOR AEROPORTUARIO

Con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, los aeropuertos se sitúan en la estela de los cambios que ha experimentado la gestión de las principales infraestructuras públicas, consideradas en nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente bienes de dominio público, y cuyas posibilidades de transformación había abierto ya la Ley General de Patrimonio de las Administraciones Públicas aprobada en el año 2003. Los objetivos de eficacia y, sobre todo, las necesidades de financiación han contribuido a justificar el cambio de régimen jurídico y la entrega de la gestión a una sociedad mercantil estatal en la que se prevé la entrada de capital privado hasta el límite del 49% en los próximos meses.

3.1. Separación de las funciones de navegación aérea y gestión aeroportuaria.

La entidad pública empresarial AENA seguirá ejerciendo las competencias sobre navegación aérea mientras que la gestión aeroportuaria corresponderá, en adelante, a una sociedad mercantil estatal cuya constitución fue autorizada por acuerdo de 25 de febrero de

2011, al amparo del art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, con la denominación Aena Aeropuertos, SA. Su capital social pertenece en su totalidad a AENA que ha de conservar en todo caso la mayoría, pudiendo enajenar el resto según lo establecido en la citada ley.

Régimen jurídico. Dicha sociedad estatal se registrará por el derecho mercantil, sin perjuicio de lo establecido en la normativa administrativa de aplicación en materia presupuestaria, patrimonial, contable y de control financiero. Además, en materia de contratación, se le aplicará la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; tendrá la condición de beneficiaria de las expropiaciones vinculadas con las infraestructuras aeroportuarias atribuidas a su gestión, si bien los bienes expropiados se integrarán en el patrimonio de Aena Aeropuertos, SA. Las obras que realicen en aeropuertos y su zona de servicio no requerirán licencia ni actos de control preventivo municipal.

3.2. Patrimonio Aeroportuario.

Todos los bienes de dominio público estatal adscritos a AENA no afectos a los servicios de navegación aérea, se desafectan pasando a ser patrimoniales si bien no procede su reversión por no alterarse el fin expropiatorio, conforme a lo dispuesto por la Ley de Expropiación Forzosa según la modificación que, en este sentido, había introducida ya la Ley de Ordenación de la Edificación. Se integran en el patrimonio de la sociedad AENA Aeropuertos, SA., que mantendrá siempre su titularidad aunque dicho patrimonio sea gestionado por sociedades concesionarias o filiales. Dichas sociedades tienen las facultades necesarias para su administración, promoción, gestión y explotación incluyendo la posibilidad de formalizar con terceros los correspondientes contratos para su utilización y aprovechamiento.

3.3. Gestión individualizada de los aeropuertos

Pese a seguir el camino trazado por otras infraestructuras públicas que han separado sus actividades como es el caso del sector ferroviario, el decreto-ley no deja de introducir cambios que darán lugar, sin duda, al estudio de las cuestiones que plantea. Es el

caso claramente de la gestión individualizada de los aeropuertos que podrá llevarse a cabo mediante la creación de sociedades filiales de Aena Aeropuertos, SA o bien a través del otorgamiento por esta sociedad mercantil de concesiones, rigiéndose en este último caso las tarifas que cobre el concesionario a los usuarios por el derecho privado.

Son también interesantes dos disposiciones que esperan su desarrollo reglamentario relativas a la participación de otras Administraciones Públicas en la gestión del aeropuerto, cuestión siempre polémica. Por un lado, puede crearse un órgano de impulso y seguimiento de la actividad del aeropuerto, del que serán miembros el gestor aeroportuario, la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma respectiva y los municipios del entorno. Mientras que también se prevé, para el ámbito de cada Comunidad Autónoma, los Comités de Coordinación Aeroportuaria con el Estado cuyas funciones serán: la coordinación e impulso de las políticas aeroportuarias del Estado y las Comunidades Autónomas en aquellas Comunidades que hayan desarrollado de manera efectiva su competencia aeroportuaria; la coordinación de la política aeroportuaria del Estado con las políticas urbanísticas, territoriales y medioambientales de las Comunidades Autónomas; la coordinación entre el Estado y las CCAA en materia de servidumbre aeronáutica y acústica; la accesibilidad y conectividad del aeropuerto con otros medios y vías de transporte y el desarrollo de rutas aéreas.

4. LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: MODIFICACIÓN EN LA NORMATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Las modificaciones introducidas por la Ley de Economía Sostenible están normalmente ligadas a diversos ámbitos como es el Derecho de la competencia o el Ambiental, por lo que su tratamiento se situaría fuera del objeto de estas páginas dedicadas a los servicios públicos. No obstante, referimos alguna mención de las modificaciones que se producen o bien en el articulado de la ley, como las relativas a las telecomunicaciones y sociedad de la información y las que se agrupan bajo el título de transporte y movilidad sostenible, o las más numerosas que se encuentran en alguna de sus 60 Disposiciones Finales.

4.1. Telecomunicaciones y sociedad de la información.

Se regula la utilización de las nuevas tecnologías en la banda de frecuencias de 900 MHz también para los sistemas UMTS, se habilita más espacio en el espectro radioeléctrico para prestar servicios de comunicaciones electrónicas y se impulsa el mercado secundario del espectro. Por último, es destacable que se reduce la tasa que los operadores de telecomunicaciones ha de satisfacer según la Ley General de Telecomunicaciones y, en particular, la inclusión como parte integrante del servicio universal, de una conexión que permita comunicaciones de datos de banda ancha a una velocidad de 1 Mbit por segundo, art. 52.

4.2. Transporte

Se procede a clasificar los mercados de los distintos tipos de transporte, en mercados de acceso libre, mercados con acceso restringido o en los que no sea posible la competencia, con el fin de evaluar el grado de competencia y proponer medidas que la promuevan, que se concretan en la disposición adicional tercera.

Se define el concepto de servicios de transporte de interés público como “aquéllos que las empresas operadoras no prestarían si tuviesen en cuenta exclusivamente su propio interés comercial y que resulten necesarios para asegurar el servicio de transporte, a través de cualquier modo de transporte, entre distintas localidades o para garantizar su prestación en condiciones razonablemente aceptables de frecuencia, precio, calidad o universalidad”, con el fin de determinar los que son susceptibles de ser subvencionados.

En la Disposición Final vigésimo segunda, se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, para acortar el plazo máximo de duración de las concesiones y promover mayor competencia en los concursos para adjudicar las líneas en el caso de los servicios públicos de transporte regular interurbano de viajeros por carretera.

Ya, por último, en la disposición final cuarta, se prevé la creación de un Organismo regulador del sector del transporte que integrará las funciones atribuidas al

Comité de Regulación Ferroviaria y la regulación del resto de modos de transporte. Mientras tanto, según la disposición final vigésimo tercera, se modifica la Ley del Sector Ferroviario para dar mayor independencia a dicho comité, dotarle de mayores competencias y se establece que sus resoluciones pondrán fin a la vía administrativa.

4.3. Organismos reguladores

En las disposiciones finales se recogen diversos cambios respecto de los organismos reguladores en los distintos sectores de modo consecuente con uno de los objetivos de la ley que se ha detenido en disponer un marco horizontal y común a todos ellos. Dichos cambios afectan a la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal o al propio Consejo Estatal de Medios Audiovisuales al regular el número de consejeros.

4. BIBLIOGRAFÍA

Aún es pronto para registrar bibliografía relacionada con los cambios normativos producidos en el último año. Respecto del sector audiovisual puede consultarse, si bien referido al proyecto de ley, el trabajo de VIDAL BELTRÁN, J., M^a., “El nuevo marco jurídico del audiovisual en España”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2010, págs. 30 a 40.

Ha de mencionarse la aparición en el año 2010 del volumen IV de la Colección dirigida por Santiago Muñoz Machado sobre *Derecho de la Regulación Económica*, publicado en la editorial Iustel. Se trata de una colección que presenta por primera vez de manera sistematizada, el conjunto de normas, instrumentos, técnicas de ordenación, supervisión e intervención de la denominada regulación pública de la economía, de la que han aparecido ya ocho volúmenes. Este último, dirigido por Alberto Ruiz Ojeda, estudia a lo largo de más de 1.000 páginas las cuestiones actuales del régimen jurídico de todos los modos de transporte.