



Televisión en tres dimensiones. Composición a partir de ilustraciones de *Modern Mechanics and Inventions*, febrero 1931.



Panorama Legal en la Unión Europea

## Las competencias del servicio público y los nuevos medios

MEIKE RIDINGER

Los medios de comunicación electrónicos se encuentran en un proceso de continuo cambio y los organismos públicos de radiodifusión quieren mantenerse al día, utilizando los servicios ya existentes y por lo que desarrollan otros nuevos para captar a sus usuarios en internet. Este estudio analiza los requisitos, si es que conviene que existan, que deberían recoger las leyes comunitarias para regular que un país miembro permita que el servicio público desempeñe nuevas actividades asociadas a los nuevos medios digitales.

Palabras clave: internet, servicios públicos de radiodifusión, legislación europea, usuarios, nuevas actividades

The electronic media are continually changing, and public service broadcasters want, and should, keep pace. They use existing services and develop new ones in order to reach their users "on the Internet". This contribution discusses the question of whether and, if so, which requirements of Community law need to be observed when member states permit the public service media to engage in these activities.

Keywords: internet, public service broadcasters, Community law, users new activities

### 1. La situación legal

DESDE 1970, las instituciones comunitarias han enfatizado la importancia de los organismos públicos de radiodifusión en varias ocasiones. Ya en 1974, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) enfatizaba el hecho de que los países miembro tenían derecho a definir una emisión y programación que sirviera de servicio al interés económico general<sup>1</sup>. El tribunal también reconocía el hecho de que proporcionar servicios tele-

MEIKE RIDINGER, Institute for European Media Law (EMR), Bruselas (Bélgica).

Nota del Autor: Algunas secciones de este texto aparecen, en distinta forma, en mi libro (2009) *Media and Political Engagement: Citizens, Communication, and Democracy*. Cambridge University Press, Nueva York; y en el capítulo "The troubling evolution of journalism", en Barbie Zelizer, (ed.), *The Changing Face of Journalism*. Routledge, Londres, 2009.

[1] Sentencia del Tribunal de Justicia, *Sacchi*, Case 155/73 (30 abril 1974).



visivos con un contenido pluralista y no comercial sería el objetivo de la política nacional de emisión y que este criterio justificaría las restricciones de la libre circulación de servicios.

En el protocolo del Tratado de Amsterdam del 17 de junio de 1997<sup>2</sup>, se definieron claramente las competencias de los países miembro que financiaban a los organismos públicos de radiodifusión, así como la función de las emisoras de defender la democracia, los valores sociales, culturales y el pluralismo. El Consejo de Europa también enfatizó estas ideas en la resolución del 25 de enero de 1999, añadiendo que “el cumplimiento de la misión de los organismos públicos de radiodifusión ha de seguir beneficiándose del progreso tecnológico”<sup>3</sup>.

El protocolo de Amsterdam especifica dos condiciones para el tratamiento de los medios del servicio público en particular cuando les aplica la legislación de competencia y subvenciones del Tratado de la Comunidad Europea (TCE): primero, la financiación de las emisoras debe estar al servicio de la función del servicio público “tal y como está conferido, definido y organizado por cada país miembro”. Después, “estos fondos no deben afectar las condiciones comerciales ni de competencia de la Comunidad hasta el punto en que fueran contrarias al interés común, así como debe tenerse en cuenta la realización de la función de ese servicio público”.

El Parlamento Europeo también ha constatado en varias ocasiones la importancia del papel de los medios de servicio público, para salvaguardar la diversidad mediática<sup>4</sup>.

En la Conferencia de Lille del 19 y 20 de julio de 2000, la Comisión Europea enfatizó la importancia de los organismos públicos de radiodifusión en los sectores de internet y de la televisión digital, señalando que era importante proporcionar a los organismos públicos de radiodifusión oportunidades para la utilización de todas las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías de la información<sup>5</sup>.

Una vez más, la Comisión aceptaba este principio en la comunicación de 2001 acerca de la aplicación de la normativa de ayudas gubernamentales a los organismos públicos de radiodifusión<sup>6</sup>.

Independientemente de estas afirmaciones generales, los desarrollos técnicos siempre han acarreado nuevos problemas respecto a la legitimidad de las ofertas de financiación de los medios de servicio público. Sobre todo, se ponen en cuestión las competencias de las emisoras, que se entienden como algo dinámico y se supone que deben ser flexibles con los nuevos desarrollos. De cualquier modo, la Comisión opina que los acuerdos presentes proporcionan una base insuficiente para que pueda llevarse a cabo una nueva evaluación, dentro del contexto de ayudas estatales, de la financiación de los nuevos servicios mediáticos, ya que no se trata de programación en el sentido tradicional. Tras haber tomado numerosas decisiones en casos particulares durante los últimos años, la Comisión ha estado trabajando en la revisión de la Ley de Comunicación sobre la radiodifusión desde 2008.

La definición de las competencias del servicio público es bastante relevante para esbozar una línea divisoria entre cultura y democracia, por un lado, y las fuerzas del mercado y del comercio, por otro. También ha aumentado la tensión entre la ley constitucional europea, ya que los elementos específicos de los distintos estados, basados en las raíces de la historia de su democracia y cultura, a menudo entran en conflicto con la legislación europea de competencia, sobre todo las leyes referentes a las ayudas

[2] Protocolo de los organismos públicos de radiodifusión de los países miembro, OJ 1997 C340/109, 10 noviembre 1997.

[3] Resolución del Consejo del 25 de enero de 1999 sobre los organismos públicos de radiodifusión, OJ 1999 C 30/1 del 5 febrero de 1999.

[4] Resolución del Parlamento Europeo del 25 de septiembre de 2008 sobre concentración y pluralismo en los medios de la Unión Europea, 2007/2253 (INI), 37.

[5] Informe de la Conferencia: [www.culture.gouv.fr](http://www.culture.gouv.fr). Ver también la declaración de Kroes, 2008, visitar: [www.ebu.ch](http://www.ebu.ch)

[6] OJ 2001 C 320 del 15 noviembre 2001, p. 5.

estatales. La cuestión principal hoy es: ¿permite el derecho comunitario que las competencias de los medios de comunicación de servicio público incluyan ciertos nuevos servicios de comunicación públicos?

## 2. Los desafíos del desarrollo de los medios

### 2.1. La importancia creciente de los nuevos medios

Internet es el futuro o, por lo menos, constituirá gran parte del futuro uso de los medios. El número de usuarios de internet en Europa se ha elevado al mismo ritmo que el desarrollo de la web, desde un sistema básicamente de información textual a una plataforma de múltiples usos, que ofrece información textual, de audio y de video<sup>7</sup>. Según un estudio de 2007, el 45 por ciento de los usuarios de banda ancha ven la televisión *online* por su mayor flexibilidad de horarios<sup>8</sup>. Ahora internet ofrece un número amplio de servicios de audio y video de emisoras conocidas y de otras nuevas. Incluso los programas que usan sistemas tradicionales de emisión (terrestre, por cable y satélite) se encuentran en la red (*live streaming*). También hay proveedores que solo distribuyen sus servicios audiovisuales por internet (*webcasting*). Asimismo, existe un amplio número de contenido en audio y video bajo demanda.

En comparación con los medios tradicionales electrónicos, la estructura de servicios y competencia en el mercado de los medios digitales es diferente. Por una parte, cuentan con muchos más servicios que, a su vez, están más diversificados. Por otra parte, la rutina de uso se individualiza y, en consecuencia, se diversifica.

### 2.2. El debate sobre las competencias de los medios públicos

Los medios de comunicación estatales dependen cada vez más de los nuevos tipos de ofertas, si quieren seguir cumpliendo su misión. Durante algún tiempo han estado desarrollando, expandiendo y puliendo sus servicios *online*. Según estiman, la audiencia *online* no puede captarse con una simple distribución de lo que ya se emite por la televisión o por la radio, así que han explotado otras ventajas específicas de internet para las nuevas ofertas que han creado. Sin embargo, las actividades *online* de los medios de comunicación estatales que van más allá de la mera reproducción simultánea de un programa ofrecido por emisoras tradicionales (*simulcasting*) ha provocado que los proveedores privados se cuestionen la viabilidad y las limitaciones de los servicios estatales en los nuevos medios. Las emisoras privadas cuestionan la distorsión de las competencias y los contenidos subvencionados por las licencias de televisión, cuando los mismos servicios podrían ser ofertados por proveedores comerciales. La prensa se queja de la competencia con textos “similares a los de la prensa” y pide que tales servicios solo se ofrezcan si se emiten dentro de otro programa. Los organismos públicos de radiodifusión hacen referencia a la neutralidad de sus servicios públicos que, sostienen, han de ser emitidos por la red.

Los nuevos servicios puestos en cuestión por las emisoras públicas y privadas se pueden dividir en tres categorías<sup>9</sup> que deben evaluarse independientemente, ya que, por primera vez, varios países miembro están procesando leyes o poniendo en práctica nuevas regulaciones referentes a dichas categorías.



[7] Cf., por ejemplo, respecto a Alemania, 2007 ARD/ZDF. Estudio *online*, resumido en Eimeren, Frees, 2007: 362.

[8] Según este estudio producido por Motorola Connected Home Solutions Division, Francia encabeza el área con el 59 por ciento.) Resumen: [www.itnews.com.au](http://www.itnews.com.au)

[9] Ver la ponencia de Rossnagel 2008, en: [www.ddm.gouv.fr](http://www.ddm.gouv.fr)



[10] Decisión de la Comisión Europea C (2007) 1761 Final, 24 Abril 2007 – Ayuda estatal E 3/2005, párrafo 362 ff.

[11] Resumen de Nikoltchev, 2007. Aparte de las observaciones de dicha publicación, se debe mencionar al Comité de Recomendación de los Ministros CM/Rec (2007)16 medidas que promueven el valor del servicio público en internet y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1855 (2009).

Este último declara que, en el contexto de énfasis de diversidad cultural, debería fortalecerse el desarrollo de una dimensión cultural en el caso de la producción de contenido digital, también en los servicios públicos. La segunda pide una definición y explicación de las competencias del servicio público para los servicios audiovisuales. Los principios básicos de los organismos públicos de radiodifusión también serían preservados en un ambiente de cambio y ampliados a los servicios de medios audiovisuales en general.

### 2.2.1 Los nuevos medios digitales como canales de distribución (adicionales)

El primer grupo lo forman servicios que usan los nuevos medios como canales de distribución adicionales para los organismos públicos de radiodifusión.

Básicamente, se reconoce que los organismos públicos de radiodifusión tienen derecho a la explotación de programas de radio y televisión vigentes usando los nuevos canales de distribución digital, tales como *simulcasting*, o por las redes de los aparatos electrónicos móviles (en la DMB, Digital Multimedia Broadcasting o DVB-H, Digital Video Broadcasting, estándar). También se admite el uso, sujeto a condiciones adicionales, de otras plataformas (Zattoo, Joost, YouTube, etc).

### 2.2.2 Ofertas comerciales excluidas

El segundo grupo se compone de “actividades puramente comerciales”. Estas incluyen, según la decisión que tomó la Comisión en abril de 2007 respecto al caso de Alemania<sup>10</sup>, los siguientes servicios: comercio electrónico, publicidad-patrocinijs, reportajes locales, enlaces a ofertas comerciales directas, pago por juegos y “otras descargas”, acuerdos de licencias con operadores móviles, salas de chat y programas que permiten el cálculo y la comparación de las primas de seguros de diversas compañías.

### 2.2.3 Los servicios más polémicos

La oferta y el uso de internet, que forman los principales núcleos de atención, permiten que los programas se vean a cualquier hora, independientemente de los horarios de los servicios tradicionales. Forman el tercer grupo de servicios polémicos con dos cuestiones fundamentales: ¿debe permitirse que el contenido tradicional de los medios estatales sea ofrecido en los servicios “bajo demanda” (sin contenido ni restricciones temporales)? Y, el desarrollo y la distribución de servicios que están diseñados específicamente para los nuevos medios y su sistema de uso ¿puede incluirse dentro de las competencias de servicio público?

8. Las bibliotecas de material audiovisual son un ejemplo del primer tipo de problemas. Se encuentran, por ejemplo, como archivos o servicios bajo demanda y permiten que el contenido (al que se accede de forma digital), que ya ha sido retransmitido se pueda ver a cualquier hora. Para el usuario, este es un factor que respalda las necesidades de una sociedad democrática, social y cultural. Por ejemplo, viendo varios programas de temas de actualidad un usuario puede hacerse una idea del desarrollo de un asunto específico durante cierto período de tiempo. Sin embargo, algunos afectados ponen en cuestión la legitimidad de estos servicios bajo demanda. Por ejemplo, se está dialogando acerca de la disponibilidad de estos servicios, así como de las condiciones bajo las cuales se permitiría la colaboración de una tercera plataforma. Todo ello dificulta una delimitación de las competencias de servicio público y el comercio electrónico, el cual no pertenece a dicho sector. Hay otras preguntas, como cuál sería la caracterización de los archivos a los que, tras expirar el período de acceso original, se puede acceder mediante pago, como los *pay-per-view*. O si las competencias de servicio público también cubrirían el acceso prioritario que se da a algunos grupos de usuarios, como los de ámbito educativo o formación profesional.

9. Respecto a la segunda categoría, se está llevando a cabo un debate acerca de los tipos de oferta que los medios públicos podrían explotar o desarrollar, teniendo en cuenta las características de internet. ¿Habría que establecer una proporción de uso de los textos, imágenes, audios y videos que podrían utilizar los servicios públicos? ¿Habría que regular las condiciones bajo las que se puede crear un enlace que ofrezca un programa específico distribuido por el sistema tradicional de difusión? Muchas de estas preguntas no se podrán responder en este estudio, ni se puede formular una única respuesta que cubra a todos los países miembro.

## II. Marco de disposiciones para el público: las competencias del servicio

Tanto el Consejo de Europa<sup>11</sup> como las instituciones de la Comunidad Europea han prestado una continua atención a las competencias de servicio público. En el siguiente apartado se describirá el marco de disposiciones legales de la Comunidad y se debatirán los problemas que han surgido al definir dicho marco.

### 1. Condiciones para una “responsabilidad compartida”

La cuestión de hasta qué punto las competencias de servicio público están sujetas a la supervisión supranacional se debate con frecuencia no solo en el Consejo Europeo, sino también en la legislación de la UE. Este problema es el hilo que teje el tapiz de las observaciones de este estudio.

#### 1.1 La base de las competencias de la CE

Según el principio de atribución (art.151 TCE), la Comunidad solo puede actuar en los casos que se especifican en el Tribunal de Justicia de la UE. Ni la Comunidad, ni los países miembro tienen la competencia exclusiva de la regulación de las emisiones. El artículo 151 del TCE se toma como base para la atribución de poderes en este ámbito. Sin embargo, solo confiere competencias filiales de la Comunidad en el campo de cultura y, por ende, en el sector de emisión<sup>12</sup>. En virtud de esta disposición, la Comunidad puede establecer medidas para promover la cultura, pero no normativas para armonizar las leyes nacionales.

Según el artículo 151(4) del TCE, La Comunidad “tomará en cuenta los aspectos culturales en este plan de acción (...) sobre todo respetando y promoviendo la diversidad de sus culturas”. A los órganos de la CE se les confía la tarea de establecer un mercado común. Así, la competencia de la Comunidad podría extenderse, en un principio, a las actividades culturales si estas tienen relevancia económica. El hecho de que el Tribunal de Justicia haya clasificado la radiodifusión como un servicio (artículo 49, TCE y, sobre todo, el artículo 55 junto con el artículo 47 (2) TCE) se puede considerar como el fundamento de la atribución de poderes en dichos casos<sup>13</sup>. La Comisión también posee autorización y tiene la responsabilidad de proteger la competencia del mercado interior de cambios derivados de prácticas injustas. La ley de ayuda estatal forma parte de un sistema que cumple este objetivo (Art. 3(1)g TCE). Las instituciones de la CE pueden supervisar, según los artículos 87(1) y 86(2) del TCE, si las competencias del servicio público formuladas por los países miembro cumplen la legislación de la ayuda estatal.

Así pues, en vista de la naturaleza dual de la radiodifusión como una actividad económica y cultural, la CE también tiene poderes de regulación.



[12] Todos los organismos públicos de radiodifusión se encuentran bajo el concepto de cultura tal y como se especifica en el artículo 151 del Tribunal de Justicia ya que, según Roeder 2001: 267, no sólo es un factor crucial para la mediación cultural, sino que también está directamente relacionado con las necesidades culturales de la sociedad y forma parte de la vida cultural de los estados miembro.

[13] Incluso cuando el artículo 151 de Tribunal de Justicia se tenga en consideración, cualquier acción que se tome para armonizar no se descarta si la Comunidad hace referencia a otros tales como los relacionados con el aspecto económico del Tratado. Como el centro de atención de las competencias de la Comunidad es la creación de un mercado común, la línea divisoria no puede estar basada en un solo área temática, sino orientada hacia la consecución de objetivos. Cf. ECJ, *Gravier*, Case 293/83, 1985; *Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, Case C-380/03, párrafo 36 ff; and *Ireland v. European Parliament and Council of the European Union* sentencia del 10 de febrero de 2009, Case C-301/06, paras 56, en: <http://www.curia.europa.eu>



Sin embargo, un vistazo a los artículos 86(2) y (3) del TCE muestra que la normas principales también dejan espacio para objetivos no económicos, por ejemplo, en el caso de las ayudas para actividades culturales (artículo 87(3) (d)TCE).

### 1.2. La supervisión de las ayudas estatales por la Comunidad y el debate de las competencias del servicio público

La legalidad de la financiación de los organismos públicos de radiodifusión bajo la ley que regula la ayuda estatal depende de si se puede justificar como competencia del servicio público, según el artículo 86(2) TCE.

El Tribunal de Justicia<sup>14</sup>, el Tribunal Europeo de Primera Instancia<sup>15</sup> y la Comisión<sup>16</sup> han reconocido que las actividades de los organismos públicos de radiodifusión son servicios de interés económico general dentro del marco del artículo 86(2) TCE. Esta ley permite a la legislación sobre competencia que se consagra en la ley europea, en este caso, la prohibición de la ayuda estatal e imponer límites si obstruye el rendimiento de las competencias públicas. A este respecto, se debería prestar atención al artículo 16 del TCE, según el cual “la Comunidad y los países miembro, cada uno con su respectiva autoridad y dentro de su ámbito de aplicación del Tratado, se encargarán de que dichos servicios, de interés económico general, operen de acuerdo a las bases de los principios y condiciones que los capacitan para realizar sus funciones”. El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CHFR) también señala la importancia de dichos servicios.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 86(2) del TCE se citaría para captar el interés de los países miembro por el empleo de las actividades del sector público como instrumento de política económica, en armonía con el interés comunitario y bajo las leyes de competición. Esto presupone que los países miembro poseen poderes legislativos relevantes. Como parte de esta competencia, dichos países miembro definen lo que debe entenderse como “interés económico”.

Según el artículo 86(2) del TCE, no puede haber objeciones bajo la legislación de ayuda estatal a sistemas de financiación del servicio público siempre y cuando:

- . Exista una definición clara de las competencias de los organismos públicos de radiodifusión a nivel nacional (definición de competencias).
- . Se haya asignado la tarea de desempeñar las competencias de servicio público a una o más empresas bajo aprobación legal y su ejecución esté controlada por un cuerpo independiente a dichas empresas (asignación y control).
- . El fondo público se halle limitado hasta el punto en que sea necesario el desarrollo de la competencia del servicio público (prueba de proporcionalidad).

Se debe señalar el hecho de que la Comisión está autorizada para supervisar la financiación de los organismos públicos de radiodifusión en un país miembro bajo los poderes que le confiere el artículo 87 ff. del TCE de supervisión de la ayuda estatal. El artículo 86(2) del TCE podría justificar excepcionalmente la financiación de los medios de servicio público que vayan en contra de la prohibición de la ayuda estatal y así hacerlos compatibles con el mercado común. Si se aplica esta norma, las competencias del servicio público definidas por los estados miembro constituirían el centro de atención y se necesitaría una prueba de control para establecer si un

[14] Tribunal de Justicia, caso 155/73, *Sacchi*, op. cit.

[15] Ver la sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia del 26 de junio de 2008, T-442/03, *SIC v. Commission of the European Communities*, en: [www.curia.europa.eu/](http://www.curia.europa.eu/)

[16] Libro Verde de la Comisión sobre los servicios de interés general, del 21 de marzo de 2003, COM (2003) 270.

país miembro ha proporcionado una definición sobre competencia lo suficientemente clara.

### 1.3. El establecimiento de los campos de acción de la Comunidad y de los países miembro

El Protocolo de Amsterdam de 1997 que, según el artículo 311 del TCE tiene el título de derecho comunitario primario, confirma que es responsabilidad de cada país miembro determinar y organizar las competencias del servicio público y financiar a los organismos públicos de radiodifusión de acuerdo con ello. En algunos casos, se ha interpretado que los países miembro deben especificar con claridad las competencias del servicio público y que, sobre todo, deben establecer una responsabilidad específica para la programación y las tareas asociadas para que pueda realizarse una evaluación de la legalidad de los fondos concedidos (Wichmann 1999: 19). Esta conclusión no está respaldada ni por las palabras redactadas en el Protocolo (“la competencia del servicio público atribuidas, definidas y organizadas por cada País Miembro”) ni por la Resolución del Consejo del 25 de enero de 1999, que especifica aspectos del Protocolo de Amsterdam que se refieren a estos servicios. Según la Resolución, los organismos públicos de radiodifusión pueden beneficiarse del progreso de la tecnología y “llevar al público los beneficios de los nuevos servicios audiovisuales” mediante las nuevas tecnologías. Las competencias del servicio público deben organizarse de manera abierta, dinámica y progresista.

Resulta, pues, difícil trazar una división clara entre la autoridad de los países miembro y la Comisión. La definición de las competencias es un asunto de los países miembro que, hasta cierto grado, evitan una evaluación en profundidad, pero la Comisión cree que debe tener autoridad legal para examinar si se les está ofreciendo demasiada compensación a los servicios públicos de radiodifusión y defiende que un requisito para ello sería tener conocimiento detallado de las competencias de cada caso en particular.

#### *Los límites de las competencias de la Comisión según el derecho constitucional o la legislación de los derechos fundamentales*

Según el artículo 6(2) del Tratado de la Unión Europea (TUE), la UE está obligada a respetar los derechos fundamentales garantizados en la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) y los derechos de las leyes consuetudinarias comunes a cada país miembro como principios generales del derecho comunitario<sup>17</sup>. Además, según el artículo 6(3) del TUE, la Unión tiene el deber de respetar las identidades nacionales de sus países miembro. Como demostrarán las observaciones que siguen, las garantías de los derechos fundamentales a nivel nacional y a nivel europeo proporcionan fuertes indicadores de que los países miembro cuentan con amplia discreción respecto a la definición de competencias. La Comisión debe tener esto en consideración, así como el hecho de que una competencia amplia y dinámica para los organismos públicos de radiodifusión ha de prestar debida atención a la identidad nacional de cada país miembro en cuestión.

En todos los países miembro de la Unión Europea se considera que la radiodifusión posee una función democrática, cultural y socio-política cuyas tareas consisten en:

- . Garantizar la formación gratuita y completa de cada ciudadano y de la opinión pública.



[17] Los tribunales comunitarios y los magistrados del Tribunal de Justicia han tenido en consideración la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, según Kingreen en: Callies, Ruffert, 2002, Artículo 6 TEU, 20.



- . Representar los intereses económicos, culturales e ideológicos de la sociedad.
- . Informar con objetividad e imparcialidad.
- . Preservar la pluralidad mediática.
- . Permitir que las opiniones e intereses regionales se hagan oír para proveer información y fortalecer la identidad de cada región.
- . Proporcionar a los ciudadanos información con contenidos culturales, educativos y de entretenimiento, mediante una programación equilibrada y completa.
- . Garantizar una buena calidad en la programación (Voss 2008: 170).

Se puede, por lo menos en teoría, hablar de la función de un servicio público común europeo que tiene derecho o incluso autoridad para llevar a los magistrados a tomar medidas que protejan la diversidad de opinión y el pluralismo (Häberle 2004: 377).

En bastantes países miembro, la constitución infiere dicha función y con frecuencia justifica el hecho de que el interés del público por obtener información tiene prioridad sobre los intereses de las emisoras. Así quedan respaldados, hasta cierto punto, el desarrollo y los límites de la libertad de emisión. La libertad de expresión o la libertad de los medios apunta hacia el postulado constitucional que establece normativas para garantizar el pluralismo<sup>18</sup>. Se considera que la principal responsabilidad del servicio público es encomendarse a los organismos públicos de radiodifusión, financiados por las licencias.

Este punto de vista es defendido también por el artículo 10 del CEDH y la interpretación del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que ha sido aprobado por todos los miembros de la Unión Europea<sup>19</sup>.

*Sin rodeos: Libertad de emisión e independencia del gobierno frente a una definición concisa de competencias*

Puede que la evaluación de la Comisión acerca de la definición de las competencias bajo la normativa de ayudas estatales de la Unión Europea se enfrente con la ley de protección de los medios del servicio público garantizada por los derechos fundamentales nacionales y europeos. Según la opinión de la Comisión acerca de la Comunicación sobre Radiodifusión, las competencias de los organismos públicos tendrían que haber sido aprobadas y garantizadas por una propuesta oficial<sup>20</sup>. Por un lado, cada país miembro ha de definir con claridad y precisión dichas competencias. Por el otro, cada país miembro tiene la obligación de proteger la independencia de las emisoras y del gobierno y ha de proteger la autonomía de la programación básica que emana de esa independencia. Puede que estos dos objetivos parezcan enfrentados. Cuanto más se aclaren los términos de las competencias de cada país, existe un mayor peligro de que las nuevas condiciones de la organización del servicio o de la programación interfieran en la libertad editorial de los organismos públicos de radiodifusión, ya que estos últimos basan sus decisiones en consideraciones de naturaleza periodística, bajo unas competencias muy amplias. Así pues, hace falta que cada país miembro tenga un margen amplio para que los conflictos puedan resolverse. De acuerdo con esto, la Comisión tiene la obligación de ejercitar su poder de restricción mientras examina la definición de las competencias. Solo ejercitando este poder cumplirá el requisito del artículo 6(2) y (3) del TUE que establece el respeto de los derechos fundamentales y de la identidad nacional. Ello dará como resultado final la aprobación

[18] Detalles en; Petersen, 1994: 189 y 191 ff; Dörr, 1997: 11 ff.; Meinel W, 1993: 180 ff.; Rossnagel, Strothmann, 2004: 252.

[19] La UE pretende adherirse a la CEDH. Probablemente esto conlleve que se de mayor importancia a los órganos europeos de los instrumentos desarrollados por el Consejo Europeo en Estrasburgo en el contexto del artículo 10 de la CEDH.

[20] No es imprescindible que el poder legislativo realice todo esto, sino que también puede formar parte de un procedimiento con múltiples etapas que conlleve actos legislativos y decisiones de una autoridad legislativa. Sin embargo, el derecho de ayuda estatal no permite que la Comisión ceda derechos para explicar su propia definición basada en unas competencias que están definidas de manera poco precisa y les permite que determinen por ellos mismos dónde se halla el límite de las leyes comunitarias (cf. Comunicación sobre la radiodifusión, párrafo 40, y Karl-Eberhard Hain, op. cit.: 7, p. 36).



de la gestión de cooperación que emana del artículo 10 del TEC (Held y Schulz 2004: 51).

#### 1.4. Ley de Comunicación sobre Radiodifusión de la Comisión

En la ya mencionada ley de Comunicación de 2001, la Comisión aclaró los principios sobre los que basaría la aplicación del artículo 87 y 86(2) del TCE para la ayuda estatal a los organismos públicos de radiodifusión. Antes que nada, reconoció que la definición de las competencias del servicio público es responsabilidad de cada país miembro y que, dada la naturaleza específica del sector de radiodifusión y las diferentes interpretaciones del Protocolo de Amsterdam, se puede dar una "definición amplia" que sea "legítima, según el artículo 86(2)". Desde el punto de vista de la Comisión, hasta los servicios que no son "programas" en el sentido tradicional, como los servicios de información *online*, podrían formar parte de las competencias del servicio público si cumplen el requisito de suplir "las mismas necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad en cuestión". Sin embargo, la Ley de Comunicación sobre la Radiodifusión señala que la definición de las competencias del servicio público ha de concretarse con precisión.

## 2. La práctica de la Comisión

Entre tanto, la Comisión ha examinado en varios estudios la definición de las competencias del servicio público y la financiación de los servicios *online* ofrecidos por los organismos públicos de radiodifusión<sup>21</sup>. Las siguientes observaciones se centran en los diversos puntos de vista dentro del tema de, la permisibilidad, de las competencias. Los procedimientos que se siguieron en cada caso para definir las competencias, con precisión, también se tienen en consideración.

### 2.1. Francia

En la investigación sobre la financiación de France 2 y France 3, la Comisión estableció en primer lugar que, como señalaba la Ley de Comunicación sobre Radiodifusión, la definición del servicio público entra dentro de las competencias de los países miembro. En este caso, como en otras muchas decisiones, la Comisión reconoció que cada país miembro puede tener una definición amplia de las competencias del servicio público, junto al hecho de que dicha supervisión se encuentra limitada por algunos errores manifiestos<sup>22</sup>.

La Comisión consideró que la descripción de los deberes y obligaciones de France 2 y France 3 del 16 de septiembre de 1994 -que, entre otras cosas, se encargan de que las emisoras de televisión cumplan su papel cultural, educativo y social en la organización de la programación ofreciendo información variada, así como cultura y entretenimiento- estaba definida con suficiente claridad y era legítima. Las competencias incluían:

- . Obligación de retransmitir los comunicados del gobierno, debates parlamentarios o información pertinente a las organizaciones y partidos políticos, sindicatos y asociaciones profesionales, y principales denominaciones religiosas con representación en Francia.
- . La retransmisión de teatro, música, baile, magazines, eventos deportivos, etc.



[21] Ver también Kleist, Scheuer, 2006: 170.

[22] C (2003) 4497, sobre todo desde el párrafo 69. Esta decisión y otras están en: <http://ec.europa.eu>



- . La retransmisión de programas para niños y jóvenes, y obras de ficción.
- . Las enmiendas más recientes a la Ley de Libertad de Comunicación, que entró en vigor en marzo de 2009, como un esbozo de la nueva versión de las fechas de obligaciones (*cahier des charges*) de France Télévisions, se basa en el supuesto de que la variedad de programación se verá enriquecida y ampliada en el contexto de los nuevos servicios<sup>23</sup>.

## 2.2. Reino Unido

La Comisión hizo una reseña sobre la financiación del currículo digital de la BBC en octubre de 2003 en la que sostenía que un canal de entretenimiento digital podría formar parte de las competencias del servicio público cuando la oferta adicional fuera de naturaleza suplementaria, distinta a las ofertas comerciales y conocida por los proveedores comerciales<sup>24</sup>. La Comisión decidió que no se había cometido ningún error manifiesto al hacer referencia a las competencias claramente definidas de la BBC y a la elaboración de un plan de cinco años en el que se plasmarían los criterios específicos para las áreas de exclusión, asegurando así transparencia para los proveedores comerciales respecto a las áreas temáticas que no se van a ofrecer.

En el Reino Unido entró en vigor un nuevo marco legal para la BBC en enero de 2007, cuya regulación se sigue con gran interés por toda Europa. Uno de los cambios principales en los estatutos de la BBC<sup>25</sup> fue la creación de un nuevo órgano, la BBC Trust. Está compuesto por doce miembros propuestos por el gobierno y ha reemplazado a la junta de directores. A nivel institucional cuenta con una separación más clara de los directivos de la BBC, que ahora forman la Junta Ejecutiva de la BBC con funciones diferentes a la antigua junta de directores. Su función es meramente regulatoria por naturaleza y uno de sus principales instrumentos para la supervisión del rendimiento de la corporación es un control de "aprobación pública" ("¿Qué beneficios tiene el programa para el público?").

El control consta de dos partes: la BBC Trust primero realiza una "evaluación por parte del público" que refleja el valor de un nuevo servicio que se plantea para el consumidor y para la sociedad en general y, a la vez, la Oficina de Comunicaciones (Ofcom) lleva a cabo una "evaluación de la acogida en el mercado" que refleja la recepción a corto y largo plazo de los mercados en cuestión. Los resultados de las dos pruebas deben mostrarse por ley antes de tres meses y constituyen la base de la decisión provisional de la BBC Trust. Ésta los publica más tarde para el debate público. Las opiniones recibidas se tienen en consideración para la decisión final. El procedimiento del TVP (Public Value Test) llega a su fin con la publicación de una decisión vinculante de la BBC Trust.

Hasta ahora, se han realizado cuatro TVP (servicios en línea, televisión de alta definición (HDTV), un servicio digital galés y un servicio local de vídeo), de las que las primeras tres han obtenido resultados positivos. Por otro lado, el 23 de febrero de 2009 la BBC Trust rechazó la solicitud de los servicios locales de vídeo<sup>26</sup>. En general, explicaba que el rechazo en el mercado de la propuesta de la BBC fue mayor que el valor que le daban los usuarios de las licencias y la sociedad en su conjunto. La decisión provisional de noviembre de 2008 dejaba ya establecido que los portales de la BBC estaban destituyendo a proveedores y publicadores regionales privados. Según el presidente de la BBC Trust, los periódicos regionales y otros podían invertir en internet con la seguridad de que la BBC no competiría en este mercado.

[23] La ley define no solo las competencias del servicio público general de France Télévisions, sino que también define el establecimiento de un programa suplementario de ofertas dentro del contexto de los nuevos servicios (ver la sección 43 -11 de la Ley del 30 de septiembre de 1986 en la versión del 5 de marzo de 2009 ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr))).

La Ley también señala que las áreas de cada canal deben estar escritas en un "horario de obligaciones". La propuesta para un nuevo horario de obligaciones para France Télévisions contiene las normas de los nuevos servicios, sobre todo en las secciones 19 y 23. Según estas normas, bajo las competencias del servicio público puede, además de los programas de televisión retransmitidos de manera tradicional, ofrecer también contenido a través de los nuevos servicios bajo demanda, como la repetición de programas de televisión o películas. El proyecto del 20 de octubre de 2008 se encuentra en: <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/ccFranceTV.pdf>

[24] N 37/2003. El enfoque en el que se basa el estudio, como notará el lector, ha convertido a la Comisión en el objetivo de críticas considerables.

### 2.3. Irlanda

Respecto a la financiación de las emisoras irlandesas RTÉ y TG4<sup>27</sup>, la Comisión confirmó en febrero de 2008 que las competencias de los organismos públicos de radiodifusión no cubren actividades puramente comerciales. Sin embargo, pueden incluir, por ejemplo, la publicación de libros o material audiovisual si se expresan a priori los beneficios que reporta al servicio público.

Esto se hace mediante un Estatuto de Radiodifusión de varios años que la emisora propone y que debe contar con la aprobación del ministro encargado de dicho tema, y por un "estatuto anual de compromiso". El ámbito de actuación de las competencias del servicio público se prepara por adelantado y las autoridades encargadas de su supervisión pueden monitorear su puesta en práctica. Desde el punto de vista de la Comisión, la definición de las competencias puede incluir un porcentaje para los informativos deportivos de hasta el 10 por ciento.

La Comisión sostiene que para conocer hasta qué punto un nuevo servicio suplirá las necesidades sociales y culturales de una sociedad democrática, se debe seguir un procedimiento que evalúe los beneficios sociales y cualquier consecuencia que éste pueda acarrear en el mercado. En Irlanda, se planean cambios profundos para el sector de la radiodifusión plasmados en la Propuesta sobre Radiodifusión de 2008, que incluye los organismos públicos de radiodifusión (contenido y medios de transmisión) y su financiación. Las competencias del servicio público serán ampliadas, sobre todo en lo que respecta a los nuevos medios<sup>28</sup>.

### 2.4. Bélgica (Comunidad flamenca)

La decisión que tomó la Comisión de febrero de 2008, completaba la evaluación de los organismos públicos de radiodifusión en la comunidad flamenca de Bélgica (VRT). Al principio, la Comisión aceptó los acuerdos existentes para el comercio y otras actividades suplementarias que, como actividades comerciales, no entran dentro de las competencias del servicio público. Se alcanzó un acuerdo sobre criterios específicos y sobre un procedimiento adecuado para poder realizar una evaluación preliminar de la naturaleza del interés público de los nuevos servicios de los medios<sup>29</sup>. La evaluación se llevará a cabo por un organismo asesor independiente. El potencial de acogida del mercado en cuestión también ha de ser estudiado, por lo que resultaría útil consultar a las partes interesadas.

### 2.5. Dinamarca

En relación con la financiación de TV2 Danmark, la Comisión señaló que las páginas de internet de TV2 que tan solo informan al usuario de la programación de la televisión estatal, entra dentro de la categoría de los organismos públicos de radiodifusión. Sin embargo, según la opinión de la Comisión, unas páginas web comerciales que ofrezcan productos interactivos al por menor como juegos o salas de chateo, que no se diferencian de las ofertas comerciales, no cumplen las necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad y, por ende, no pueden formar parte de las competencias del servicio público<sup>30</sup>. Así pues, las actividades de internet de los organismos públicos de radiodifusión daneses, cuya definición es amplia, no han sido cuestionadas. Por lo que se puede determinar, la



[25] La cédula real fue concedida a la BBC el 19 de septiembre de 2006 y entró en vigor el 1 de enero de 2007. El texto se encuentra en: [http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatoryframework/charter\\_agreement/bbc\\_royal\\_charter.pdf](http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatoryframework/charter_agreement/bbc_royal_charter.pdf)

[26] La decisión se encuentra en: [www.bbc-co-uk](http://www.bbc-co-uk)

[27] E 4/2005 (ex NN 99/1999).

[28] Ver de la sección 101 en adelante y de la 114 en adelante, en: [www.oireachtas.ie](http://www.oireachtas.ie) El proyecto de Ley no ha pasado aún por todos los niveles legislativos.

[29] E 8/2006 (ex CP 110/2004).

[30] C (2004) 1814. La Comisión también aceptó que las competencias del servicio público incluyan apoyar a las producciones danesas cinematográficas.



legislación que estaba vigente cuando la Comisión tomó la decisión era la primera de Europa que expresaba que los “nuevos medios” podían considerarse como un “tercer canal” y una “plataforma que ofrecía un nuevo tipo de servicio”. Para el período 2007-2010, se ha concluido un contrato nuevo entre el organismo público de radiodifusión DR y el Ministerio de Educación danés para la provisión de servicios públicos, “evaluación”<sup>31</sup>.

## 2.6. Países Bajos

Según la evaluación provisional de la Comisión como parte de la investigación sobre los organismos públicos de radiodifusión daneses, las actividades auxiliares de los nuevos medios -por ejemplo, servicios de SMS u otros parecidos con conexión a internet- no entran dentro de las competencias del servicio público<sup>32</sup>. Sin embargo, la decisión del 22 de junio de 2006 sobre la conocida financiación *ad hoc*, debido a la cual se iniciaron los procedimientos, “sólo” habla de los objetivos generales de las competencias y la información de eventos deportivos, ambos aceptados<sup>33</sup>. En 2008, se aprobó una nueva Ley de Medios (*Mediawet* 2008), por la que los organismos públicos de radiodifusión también podían explotar las oportunidades disponibles en los nuevos medios y los nuevos canales de distribución<sup>34</sup>.

## 2.7. Alemania

Los organismos públicos de radiodifusión en Alemania se hallaban sujetos a una investigación que finalizó el 24 de abril de 2007 en un acuerdo con la Comisión, “compromiso de ayuda estatal”, con bastante cobertura. Entre otros asuntos, la Comisión pidió que las autoridades competentes proporcionaran una definición concisa de los límites de las competencias de un servicio básico<sup>35</sup>.

También pidieron garantía de que las actividades comerciales de los organismos públicos de radiodifusión se mantuvieran separadas y fueran puestas en práctica siguiendo unos principios económicos. Se establecería un organismo supervisor para controlar si observaban las reglas. La Comisión impondría las siguientes condiciones:

- . Las competencias de los organismos públicos de radiodifusión, sobre todo aquellas referentes al área de los nuevos medios, deben estar definidas con precisión.
- . Hay que elaborar listas de los servicios que normalmente cubrirían, y de los que no cubrirían, las competencias de los servicios públicos. Esta acción garantizaría la transparencia y previsibilidad de otros operadores en el mercado y capacitaría a los organismos supervisores para controlar el aspecto legal de los servicios con eficacia.
- . El tratado interestatal debe contener criterios concretos para los servicios en línea, para cumplir con sus responsabilidades con el servicio público existente en un ambiente de cambio en los medios. Tales funciones incluyen, por ejemplo, permitir la participación ciudadana en la sociedad de la información, proporcionándole accesos adecuados a servicios para minorías; informando a los ciudadanos de los beneficios y proporcionando una guía fiable para los nuevos servicios digitales; promoviendo la competencia de los medios y controlando los programas de televisión dentro del contexto de los cambios del uso de los medios.

[31] En inglés en: [ekogmedier.dk/fileadmin](http://ekogmedier.dk/fileadmin)

[32] Comunicado de prensa de la Comisión del 3 de febrero de 2004, IP/04/146.

[33] C 2/2004 (ex NN 170/2003).

[34] Wet van 29 de diciembre de 2008 tot vaststelling van een nieuwe Mediawet (*Mediawet* 2008), Staatsblad 2008, 583.

Las competencias del servicio público deben estar limitadas a servicios periodísticos-editoriales que reflejen el valor editorial añadido de la radiodifusión del servicio público<sup>36</sup>.

El órgano legislativo alemán tuvo que especificar las competencias del servicio público: había que equilibrar la petición de la Comisión con una definición muy concreta de las competencias del servicio público con la programación autonómica, que defendía la constitución y la necesidad de garantizar oportunidades de desarrollo en el campo de los nuevos medios, como confirmó el Tribunal Constitucional Federal el 11 de septiembre de 2007 en la sentencia más reciente sobre la materia<sup>37</sup>. Respecto a los servicios digitales adicionales, Alemania declaró que el futuro tratado de radiodifusión interestatal introduciría categorías de programas mediante iconos para definir los requisitos actuales de las competencias de la programación general, que se centra en información, educación y cultura. Por ejemplo, con el tema de la "información", el tratado interestatal se referiría a dicha categoría de programas como noticias, información política y regional, y deportes. "Educación" comprendería las categorías de ciencia y tecnología; niños y jóvenes; crecimiento, historia, religión, historia natural, etc. "Cultura" abarcaría categorías como teatro, música, arquitectura, filosofía, cine, etc.

El duodécimo Tratado Interestatal es una enmienda de los tratados interestatales de radiodifusión, firmado por los dirigentes del *länder* alemán el 18 de diciembre de 2008 con la intención de transponer el compromiso de ayuda estatal al derecho alemán. En relación a ello, el Comisionado de competencia señaló que el modelo alemán de la "prueba de tres fases", mirar los detalles más abajo, "es un ejemplo relevante para el tipo de garantías procesales que se necesitan para mantener un control eficaz a nivel nacional"<sup>38</sup>.

Para comenzar, el tratado de radiodifusión interestatal ofrece unas competencias directas para la organización de los programas de televisión que emiten los organismos públicos de radiodifusión (en algunos casos según las bases de los planes trazados por las emisoras e incorporados al tratado interestatal). El tratado interestatal declara que algunos servicios de internet, que el derecho alemán llama "telemedia", también caen dentro del ámbito de las competencias del servicio público. Los organizadores de los planes de telemedia describirán la mayoría de estos servicios al detalle. Existe una lista adjunta al tratado interestatal de tipos de servicio que no estarán permitidos en telemedia.

Luego, se introduce un procedimiento de evaluación para los servicios nuevos o modificados de telemedia (la famosa "prueba de los tres niveles"): la emisora tiene la obligación de informar a las autoridades pertinentes si el servicio forma parte de las competencias del servicio público. También tienen que indicar cómo cubre las necesidades democráticas, sociales y culturales de la sociedad, de qué manera mejorará la competencia mediática, y qué gastos tendrá. La descripción debe incluir datos como cantidad y calidad de los servicios gratuitos, la acogida en el mercado del proyecto y su función formando opiniones en comparación con una serie de servicios similares en emisión. Otras instituciones pueden ofrecer sus opiniones antes de la implementación del proyecto y el organismo en cuestión examinará dichos comentarios. Este organismo tiene la obligación de consultar a expertos independientes en el mercado del que se trate y tiene que enumerar las razones por las que opina que el proyecto cumple o no los requisitos<sup>39</sup>. Si el proyecto es aprobado en los tres niveles, pasa a otro organismo para la supervisión legal. Se considera "encomienda oficial" según la Comisión cuando los detalles se publican en los boletines oficiales del *länder*.



[35] A menos que y hasta que una diversidad equilibrada de programación general sea garantizada en un sistema competitivo entre numerosas emisoras (privadas), los organismos públicos de radiodifusión en Alemania tendrán la responsabilidad de proporcionar a los ciudadanos los servicios básicos para que tengan cubiertas sus necesidades de recibir información, cultura y entretenimiento y tengan acceso al número necesario de temas y opiniones. No debe equipararse el estándar básico con el estándar mínimo sino con proporcionar los programas de información política, cultural y de entretenimiento que describan las emisiones de estos tiempos. La Constitución obliga a los órganos legislativos a cerciorarse de que las condiciones previas técnicas, organizativas, económicas y de personal de los organismos públicos de radiodifusión estén cubiertas para que los estándares básicos de servicio público se cumplan (cf. Official Collection of Federal Constitutional Court Decisions [BverfGE] 89, 144, 152.)

[36] E 3/2005, loc. cit.

[37] Ver: Georgios Gounalakis, Christoph Wege, 2008: 800 ff.

[38] El comunicado de prensa está en: <http://europa.eu>



## 2.8. El resultado de las decisiones de la Comisión

La decisión de la investigación del caso de Alemania arroja luz sobre las peticiones de la Comisión. Las categorías básicas de los programas a las que hace referencia —información, educación, cultura, así como entretenimiento— se pueden encontrar, con más o menos detalle, en las disposiciones legales de casi cada país miembro. Respecto a la definición de las competencias del servicio público en conexión con canales digitales adicionales, la Comisión considera que hacer referencia a estas categorías de programas está, en principio, permitido, pero pide que se establezca a qué categoría pertenece cada canal digital adicional y que se expliquen las categorías en mayor detalle. Por un lado, todo esto aclararía bastante el ámbito y la orientación de los canales adicionales en comparación con los que hay ahora establecidos en los organismos públicos de radiodifusión. Por otro lado, da pie a que los canales privados planifiquen su programación. Además, los cuerpos supervisores podrán realizar controles eficaces para que los servicios públicos cumplan sus compromisos.

Hay una serie de indicaciones que emergen de las decisiones tomadas al definir las competencias de los organismos públicos de radiodifusión en lo que a los nuevos medios se refiere. En teoría, el requisito básico para las competencias es que los servicios ofrecidos por los nuevos medios satisfagan las necesidades sociales. Además, está claro que la Comisión da gran importancia al establecimiento de procesos para examinar este aspecto y la acogida en el mercado. La puesta en práctica de estos requisitos acarrearía un debate nacional acerca de qué “valor público” (para utilizar la misma terminología que usan en el Reino Unido) se puede encontrar en los nuevos medios.

## 3. Aspectos relevantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia

La jurisprudencia de los tribunales de la Comunidad es relevante para las futuras decisiones de la Comisión para casos particulares y para cualquier revisión de la Ley de Radiodifusión, así pues, este asunto será analizado brevemente. Como hemos visto, el Tribunal de Primera Instancia ya estudió temas de radiodifusión desde 1974 en su sentencia del caso *Sacchi*. Para empezar, estableció que la radiodifusión es un servicio. Luego, sin embargo, señaló que cada país miembro tiene el derecho de definir un servicio de interés económico general dentro del contexto del artículo 86(2) del TJCE. En el caso en cuestión, se consideró legítimo ofrecer a los organismos públicos de radiodifusión competencias para producir y emitir programación general<sup>40</sup>. La jurisprudencia actual del Tribunal de Primera Instancia analiza este aspecto con más profundidad y amplitud. Una serie de casos recientes tienen que ver con las decisiones anteriores que tomó la Comisión bajo las bases establecidas en la Ley de Radiodifusión.

### 3.1. *Sociedade Independente de Comunicação (SIC) frente a la Commission of the European Communities*

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 26 de junio de 2008 en el caso de *SIC versus Commission of the European Communities* trata asuntos relativos a la definición de las competencias, a la “encomienda oficial” y

[39] Ver (Kleist 2008). Contrastando con la prueba de valor del público, en el caso de la prueba a tres niveles de Alemania de la sección 11f(4) del tratado interestatal en la duodécima versión del Tratado, las enmiendas de los tratados interestata-

les sobre radiodifusión, la decisión final del resultado del examen es llevada a cabo por los organismos internos de la emisora. Los Consejos de Radiodifusión tienen la responsabilidad de esta decisión, en la que hay varios grupos representados (o el Consejo de Televisión en el caso de ZDF y el Consejo de Radio en el caso de Deutschlandradio).

[40] El Tribunal ha declarado que los estados miembro incluso podrían evitar que estos servicios tuvieran que competir. En el caso de *SIC v. Commission judgment* (Case T-442/03), loc. cit., el Tribunal de Primera Instancia adoptó este punto de vista sin otro comentario, por ejemplo, sin mencionar los comentarios de 1990 reflejados en el artículo 10 de la CEDH del Tribunal de los Derechos Humanos.

a la supervisión. Contiene elementos relativos a tres criterios de evaluación, cuyo cumplimiento podría justificar la financiación de los organismos públicos de radiodifusión, que deben cumplir también los requisitos de la ayuda estatal según el artículo 86(2) del Tratado Europeo (ver II.1. más arriba). El Tribunal comienza por seguir la misma línea que el TJCE, que clasifica a los organismos públicos de radiodifusión como un servicio de interés económico general (SGEI, del inglés Service of General Economic Interest). Esto, según el Tribunal, “se explica mejor por la colisión de facto de los organismos públicos de radiodifusión con el sector comercial, y en otros ámbitos, que alegando una dimensión comercial de radiodifusión”.

Continúa diciendo que, como aclara el Protocolo de Amsterdam, los organismos públicos de radiodifusión están “directamente vinculados a las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada pueblo”. Además, señala que la inserción del artículo 16 en el Tratado Europeo por parte del Tratado de Amsterdam enfatiza la importancia de los servicios de interés económico general para la UE. Según el Tribunal Europeo de Primera Instancia, “El derecho comunitario de ninguna forma imposibilita que los países miembro definan los servicios económicos generales de la radiodifusión con amplitud y que incluyan la programación completa de la radiodifusión”. El hecho de que el operador de los servicios esté autorizado a llevar a cabo actividades comerciales, tales como la venta de espacio publicitario, no pone lo anterior en cuestión. El factor decisivo para determinar si un servicio es de interés económico general es “el interés general que satisface” y no “(...) los medios que utilice para su abastecimiento”.

El Tribunal de Primera Instancia ha enfatizado la libertad que el Protocolo de Amsterdam concede a los países miembro en la adjudicación de servicios de interés económico general en el sector de la radiodifusión, concluyendo que no hay ningún requisito para que un país miembro tenga que recurrir a la licitación cuando desee proporcionar el servicio — en este caso, la radiodifusión pública — él mismo o mediante una compañía estatal.

Acerca de la cuestión de si los organismos públicos de radiodifusión cumplen sus competencias, el Tribunal de Primera Instancia distingue entre dos fases de evaluación:

Primero hace falta comprobar la calidad, ya que estos requisitos, sobre todo a nivel nacional, son un factor clave para los servicios de interés económico general en este sector. El Tribunal defiende que no hay motivo para que la financiación estatal se mantenga si los organismos públicos de radiodifusión no mantienen niveles de calidad y operan en el mercado como cualquier otro proveedor, como hace el sector comercial. Sin embargo, al mismo tiempo queda claro que verificar el cumplimiento de las normas de calidad es un asunto de cada país miembro y que debe restringirse a la existencia de un mecanismo de control, y comprobar si este mecanismo se encuentra en uso.

Una segunda cuestión, según el Tribunal, es si los servicios encargados han sido proporcionados de la manera acordada de antemano y si no se han sobrepasado los costes correspondientes a estos servicios. Aquí, la Comisión es capaz de llevar a cabo controles: por ejemplo, podría consultar auditorías (realizadas) por asesores externos si restringen información “relevante a la evaluación de los costes para controlar si la ayuda es proporcional según el artículo 86(2) del TJCE”. Sólo entonces se puede





llevar a cabo un examen sistemático de la ratio aplicada a la ecuación coste-rendimiento de las competencias.

### 3.2. TV2 Danmark y otras emisoras frente a la Comisión

En la decisión referente a *TV2 Danmark* del 22 de octubre de 2008, el Tribunal de Primera Instancia reconocía el amplio margen dado a los países miembro.

Reiteraba que la legitimidad de la definición de las competencias no dependía de la naturaleza de la financiación (publicidad, servicios de pago, etc.). Al mismo tiempo, rechazaba el argumento de que los medios públicos sólo pudieran actuar en caso de fracaso en el mercado y que el ámbito de sus actividades estuviera restringido a los servicios que diferían de las emisoras comerciales. La evaluación de la definición de las competencias no estuvo determinada por el hecho de que estuvieran disponibles algunos servicios similares o por la acogida que las ofertas del servicio público tuvieron en el mercado<sup>41</sup>.

### 3.3. La importancia de las decisiones futuras

La jurisprudencia más reciente enfatiza el amplio alcance con el que cuentan los países miembro para definir las competencias del servicio público y, por ende, para determinar la naturaleza de los servicios de interés económico general. Parece que está surgiendo una diferenciación en la política de decisión de la Comisión desde que el Tribunal de Primera Instancia expresara con claridad la importancia de la acogida en el mercado de los (nuevos) servicios en términos mucho más relativos.

## III. Revisión de la Ley de Comunicación sobre la Radiodifusión

La Comisión apunta que hay que mejorar las definiciones de los organismos públicos de radiodifusión en el contexto de los nuevos medios, así que en la actualidad está revisando la Ley de Comunicación sobre la Radiodifusión de 2001.

El primer paso que dio la Comisión fue iniciar una consulta<sup>42</sup>. Luego, introdujo la primera versión de un proyecto de enmienda de la actual Ley de Comunicación sobre la Radiodifusión<sup>43</sup> y llevó a cabo una audiencia pública<sup>44</sup>.

Recientemente publicó el proyecto de Comunicación<sup>45</sup> e inició otro proceso de consulta. Tiene por objetivo adoptar la enmienda sobre la Ley de Comunicación sobre la Radiodifusión antes de finales de 2009. Entre otras cosas, se centra en los principios que definirían las competencias de los organismos públicos de radiodifusión, en el control de las actividades del servicio público en todos los países miembro y en la cuestión de la ampliación de los límites de los organismos públicos de radiodifusión a la luz de los desafíos recientes en el campo de los nuevos medios. El nuevo proyecto contiene un número de cambios de lo que hasta ahora ha sido el punto de vista de la Comisión, la cual quiere reducir la cantidad de detalles de algunos requisitos. Los elementos más importantes del proyecto son:

- La elección de los mecanismos más apropiados para asegurar el cumplimiento de los servicios audiovisuales con las condiciones materiales del Protocolo de Amsterdam se deja en manos de cada país miembro, toman-

[41] Tribunal de Primera Instancia, casos unidos T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, en: <http://www.curia.europa.eu>, paras. 102, 113 y 109 ff., 123; ver también párrafo 96.

[42] Hay un resumen de las contribuciones a la consulta en: <http://ec.europa.eu>

[43] El proyecto de la Comisión del 4 de noviembre de 2008 está en: <http://ec.europa.eu>

[44] Las declaraciones del proyecto están en: <http://ec.europa.eu>

[45] El proyecto de la Comisión del 8 de abril de 2009 está en: <http://ec.europa.eu>



do en consideración las características específicas de su sistema nacional de radiodifusión y la necesidad de proteger la independencia editorial de los organismos públicos de radiodifusión<sup>46</sup>.

. Respecto a la definición de las competencias, el papel de la Comisión está limitado a controlar los errores manifiestos<sup>47</sup>. Las competencias han de ser descritas con la mayor claridad, pero teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso *SIC v. Commission*, la Comisión también considera confiar en una emisora determinada, la obligación de proporcionar una programación y oferta amplias y variadas de radiodifusión<sup>48</sup>.

. El primer proyecto hizo que la responsabilidad de proporcionar contenido audiovisual en los medios en formato de servicios lineales mediante nuevas plataformas de distribución y el abastecimiento de programas de interés especial y servicios mediáticos, que no son “programas” en el sentido tradicional, estuviera sujeta al hecho de que “no impliquen efectos desproporcionados en el mercado que no sean necesarios para el cumplimiento de las competencias del servicio público”<sup>49</sup>. El proyecto no especifica que “la distribución simultánea de contenido que ya se halle disponible en otra plataforma de distribución — por ejemplo, televisión o radio — o en una nueva plataforma — por ejemplo, internet o aparatos móviles — se considere “nuevo servicio”. Los servicios de pago entrarían, en casos excepcionales, dentro del ámbito de las competencias del servicio público si se diferencian de las actividades comerciales, pero si ofrecen un contenido “de alto valor” a pagar por cada visualización no se considerarían parte de las competencias del servicio público<sup>50</sup>.

. Determinar, después de considerar las características y el desarrollo del mercado de radiodifusión y los servicios que ya ofrecen las emisoras públicas, lo que se interpreta como “un nuevo servicio relevante”, depende normalmente de cada país miembro. La naturaleza de lo “nuevo” que sea un servicio dependerá, entre otros factores, del contenido que ofrezca y de la manera en que se use.

. Los nuevos servicios han de estar asesorados por los países miembro y hacen falta mecanismos para consultar a las partes interesadas y para que se publiquen las conclusiones de la consulta y las bases de la decisión.

Según el antiguo proyecto, la evaluación “solo sería efectiva si se llevara a cabo por un organismo independiente del servicio público de radiodifusión”. Excepcionalmente, un cuerpo del servicio público podría encargarse del asunto<sup>51</sup>. La redacción del nuevo proyecto es más flexible en cuanto a la supervisión de los requisitos y los expresa de manera menos estricta: en lugar de un organismo externo, prevé otro que “es independiente de la dirección del servicio público, también en referencia al nombramiento o despido de sus miembros y tiene suficiente capacidad y recursos para ejercitar sus funciones. Los países miembro estarían capacitados para diseñar un procedimiento que sea proporcional al tamaño del mercado y a la posición de mercado de los organismos públicos de radiodifusión”<sup>52</sup>.

El proyecto de Comunicación reconoce que los países miembro pueden actuar con flexibilidad para responder mejor a los desafíos a los que los organismos públicos de radiodifusión se enfrentan en una sociedad moderna que usa internet. Un nuevo desarrollo importante es el requisito de llevar a cabo



[46] El principio de la independencia editorial ha sido insertado en el nuevo proyecto, párrafos 47 y 86.

[47] Ver párrafo 47 del primero y párrafo 48 del nuevo proyecto: “Esa sería una postura normal en el caso de la publicidad, comercio por internet, compras *online*, anuncios que ofrecen premios, patrocinios y comercio”.

[48] Ver párrafo 50 del primero y párrafo 47 del nuevo proyecto.

[49] Ver párrafo 51 del primer proyecto. En el nuevo proyecto (párrafo 85), este tema tiene enmiendas (más detalles abajo).

[50] Ver párrafo 54 del primero y párrafo 83 del nuevo proyecto.

[51] Párrafos 69 y 99. Para los otros requisitos, ver párrafo 62 del nuevo borrador.

[52] Párrafo 89 del nuevo proyecto.



un control de valor público: hay que evaluar nuevos servicios, consultando a terceros, para ver si son parte de las competencias del servicio público y para que no distorsionen la competición ni alcen barreras de entrada al mercado.

### Conclusión

El establecimiento de unas competencias claras sobre cultura y comercio en los medios de servicio público no es labor fácil para las partes involucradas. Parece que incluso la Ley de Comunicación sobre la Radiodifusión revisada no eliminará la necesidad de tomar decisiones para casos particulares a nivel europeo, sobre todo tras la experiencia ganada con las numerosas quejas tras la publicación de la Ley de Comunicación actual.

Los juicios de los tribunales europeos acerca de los litigios pendientes de casos nuevos que puede que aparezcan en un futuro, desafiando las decisiones de la Comisión, seguirán debatiéndose. Parece que el debate girará en torno a la acogida, por parte de los competidores privados, de las iniciativas de los medios públicos. Esto influiría en la definición de las competencias y en el hecho de que se requiera una evaluación a priori para que los nuevos servicios sean parte de las competencias.

### Bibliografía referida

Calliess, C. y Ruffert, M. (2002), *Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV*, 2nd edit., Neuwied und Kriftel.

Dörr, D. (1997), *Die Rolle des öffentlichrechtlichen Rundfunks in Europa*, Baden-Baden.

Eimeren, B. y Frees, B. (2007), "Bewegt bildnutzung im Internet", en *Media Perspektiven*.

Gounalakis, G. y Wege, C. (2008), "Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis - Das Karlsruher Gebührenerurteil vom 11. September 2007", *NJW* 2008.

Häberle, P. (2004), *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden.

Kleist, T. y Scheuer, A. (2006), "Public service broadcasting and the European Union: From 'Amsterdam' to 'Altmark'. The discussion on EU state aid regulation", en Calliess, C. y Ruffert, M., *Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV-EGV*, 2nd edit., Neuwied und Kriftel 2006, Article 6 TEU, paras. 20 ff

Kroes N. (2008), *The way ahead for the Broadcasting Communication*, Conferencia de Strasbourg 17-18 julio 2008, ([www.ebu.ch/CMSimages/en/BRUDOC\\_INFO\\_EN\\_440\\_tcm6-61500.pdf](http://www.ebu.ch/CMSimages/en/BRUDOC_INFO_EN_440_tcm6-61500.pdf)).

Meinel, W. (1993), *Grenzen europäischer Rundfunkrechtsetzung*, Frankfurt.

Nikoltchev, S. (2007), "European Backing for Public Service Broadcasting. Council of Europe Rules and Standards", en *The Public Service Broadcasting Culture*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg.

Petersen, N. (1994), *Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag*, Baden-Baden.

Roider, C. (2001), *Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung*, Berlín.

Rossnagel, A. y Strothmann, P. (2004), *Die duale Rundfunkordnung in Europa*, Viena.

— (2008), "Die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Medien", en el seminario *Public Service Media in the Digital Age*, Strasbourg, 17-18 julio 2008, ([www.ddm.gouv.fr](http://www.ddm.gouv.fr)).

Held, Th. y Schulz, W. (2004), *Europarechtliche Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten*, Berlín.

Voss, J. M., (2008), "Pluraler Rundfunk in Europa - ein duales System für Europa?", en: Dörr, D. y Fink D. (eds.), *Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht*, Vol. 33, Frankfurt.

Wichmann A. (1999), *Inhalt und Bedeutung des Protokolls zum Amsterdamer Vertrag über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten*, Rostock.