

MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN

**LAS LICENCIAS
AUDIOVISUALES**
Evolución. Régimen. Desafíos

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	11
PRESENTACIÓN	13
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN RECIENTE DEL MARCO JURÍDICO DE LA RADIOTELEVISIÓN TERRESTRE Y SU INCIDENCIA SOBRE EL SECTOR. EL ECLIPSE DEL SERVICIO PÚBLICO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PRINCIPALES MERCADOS AUDIOVISUALES	19
1. El escenario legal vigente sobre las condiciones de acceso a los mercados de servicios de comunicación audiovisual. Interrogantes sobre la llamada <i>comunicación previa</i> como técnica de aplicación general	19
2. Los servicios de comunicación audiovisual que requieren licencia. El paradigma de la televisión por ondas terrestres de cobertura nacional y sus transformaciones recientes.....	28
A. Del nacimiento y estabilización de la televisión privada a los profundos cambios experimentados en los inicios del siglo XXI	28
B. El llamado «Dividendo Digital»	30
C. Últimos impactos: pérdida de capacidades de emisión de los operadores y retroceso del pluralismo	33
a. La STS de 27 de noviembre de 2012: un fallo controvertido con elevado coste para los operadores asentados en el mercado	34
b. El progresivo debilitamiento del pluralismo en el sector y sus perspectivas.....	38

	Pág.
3. Balance sobre la apertura de los ámbitos autonómico y local a nuevos licenciatarios. Análisis del régimen jurídico de externalización de servicios públicos audiovisuales de las Comunidades Autónomas.....	42
A. Evolución de las Comunidades Autónomas hacia el sistema dual público-privado en televisión aérea	42
B. Posibilidades para la externalización de servicios públicos autonómicos de comunicación audiovisual: simple desahogo de las arcas públicas o «mini-dividendo»	46
a. Presupuestos y razón de ser de la flexibilización en la gestión de los servicios públicos radiotelevisivos autonómicos	46
b. Sobre los fundamentos competenciales para el diseño de los nuevos modos de gestión y el desconcierto resultante ..	49
c. Estudio crítico de la disciplina legal sobre las posibilidades para la gestión privada de los servicios públicos autonómicos de radiotelevisión	51
 CAPÍTULO II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS LICENCIAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ANÁLISIS CRÍTICO Y EXPERIENCIA COMPARADA.....	57
1. Las condiciones de acceso a las licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual por razón del sujeto.....	57
A. Los presupuestos subjetivos fundamentales: nacionalidad y domicilio	57
B. Las prohibiciones para acceder a la obtención de licencias de comunicación audiovisual: generales y específicas. El dificultoso encaje de las causas de prohibición para contratar....	61
2. La actividad administrativa encaminada a la adjudicación de las licencias de comunicación audiovisual. El concurso como sistema de selección del operador	66
A. Planificación y disponibilidad de las licencias de comunicación audiovisual	67
a. Un presupuesto previo: las competencias normativas del Estado y de las Comunidades Autónomas en relación con las licencias audiovisuales. Problemas generados por la remisión al bloque normativo de los bienes públicos	67
b. Condiciones de las ofertas y convocatorias de los concursos para la adjudicación de licencias	72
c. Algunos apuntes sobre la oferta de licencias en el ordenamiento jurídico norteamericano	79

	Pág.
B. El concurso como sistema de selección del licenciatarlo de servicios de comunicación audiovisual. Idoneidad y disciplina .	80
<i>a.</i> Caracterización general del concurso. Evaluación preliminar de sus principales efectos negativos: falta de transparencia, corrupción, subordinación política, ineficiencia	80
<i>b.</i> El fundamento técnico del concurso consiste en ser expresión de una determinada política audiovisual y, por ello, freno a la discrecionalidad. La preocupante preterición de criterios en la legislación básica.....	88
<i>c.</i> Examen de algunas circunstancias a valorar. Especial consideración de la experiencia previa y la programación	91
<i>d.</i> La arquitectura del concurso en los procedimientos competitivos y no competitivos. Requisitos, rúbricas, estándares y condiciones: su razón de ser	103
3. La dinámica de la licencia: duración, renovación, transferencia, modificación, extinción y revocación.....	112
A. Duración máxima y condiciones para la renovación de las licencias	112
<i>a.</i> La posible titularidad de licencias a perpetuidad y su compatibilidad con la renovación del sector y el principio de concurrencia: la solución del legislador básico....	112
<i>b.</i> Convergencia parcial de modelos: la evolución del régimen de renovación de licencias en el Derecho norteamericano	120
B. Las licencias audiovisuales como activos empresariales: su comerciabilidad. Problemas de coherencia con el modelo legal implantado.....	127
C. Alteración e ineficacia del título habilitante: modificación, extinción y revocación	136
4. Derecho de uso de las frecuencias radioeléctricas vs. acceso a la actividad de comunicación audiovisual y servicio público vs. liberalización. Un intento de racionalización en el vigente escenario legal	143

CAPÍTULO III. DESAFÍOS DE LA RADIOTELEVISIÓN POR ONDAS EN ESPAÑA. EN ESPECIAL, LA NECESIDAD DE RELACIONAR CON COHERENCIA LOS EJES FUNDAMENTALES DE LA ACTIVIDAD: NATURALEZA, CONDICIONES DE ACCESO Y CONDICIONES DE EJERCICIO. LOS MODELOS NORTEAMERICANOS 155

1. Comparación entre los dos modelos propuestos para afrontar la disciplina de la radiotelevisión por ondas. Apuntes para una revisión crítica a la vista de la evolución del sistema norteamericano .	155
--	-----

	Pág.
A. Los motivos tradicionalmente empleados para justificar una regulación diferenciada de la radiotelevisión terrestre (<i>broadcasting</i>). El <i>public trust model</i>	156
a. Los motivos: escasez radioeléctrica, invasividad (<i>pervasiveness</i>) y necesidad de proteger a los menores	156
b. Las consecuencias del modelo desde el punto de vista de la Primera Enmienda: una intensa regulación sobre los contenidos emitidos	160
B. El conjunto de propuestas que postula la transferencia de las decisiones esenciales sobre la actividad desde el poder político al mercado y al público. El denominado <i>private market model</i> y sus críticas al modelo anterior	166
C. La adjudicación de licencias audiovisuales por subasta (<i>auction</i> o <i>comparative bidding</i>) como herramienta orientada a optimizar el uso del espectro de frecuencias para radiotelevisión. La transición hacia un cierto <i>modelo de mercado</i>	177
a. Evolución de la subasta como sistema de selección de los licenciatarios de servicios radiotelevisivos aéreos en Estados Unidos. Planteamiento de soluciones alternativas	177
b. Funcionamiento de la subasta como sistema de adjudicación de licencias audiovisuales: limitaciones de su impacto y fórmulas para la atención de intereses públicos no recaudatorios	186
c. La <i>Spectrum Incentive Auction</i> como herramienta de reorganización del mercado radiotelevisivo norteamericano o el dividendo inducido	192
d. Efectos benéficos de la subasta en relación con el concurso	195
e. Posibles consecuencias negativas de la subasta. Nuevamente, el problema de la valoración de aspectos de interés público y argumentos para su posible neutralización	202
2. El punto de vista del Derecho europeo: la incidencia de la liberalización de los servicios del mercado interior sobre la adjudicación por concurso de licencias audiovisuales	211
3. Algunas conclusiones desde el Derecho español. Especial énfasis en la naturaleza del modelo de adjudicación resultante y la articulación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas	214
BIBLIOGRAFÍA	221

PRESENTACIÓN

Desde la aprobación de la Constitución de 1978, el modelo de radiotelevisión implantado en España se ha caracterizado por una desconcertante y perturbadora desviación respecto de las previsiones normativas. A pesar de experimentar una lenta aunque progresiva apertura a la gestión privada en todos los ámbitos de cobertura, el grueso de la actividad ha permanecido, hasta tiempos muy recientes, formalmente integrado en la órbita de apropiación de los poderes públicos, que han conservado, al menos sobre el papel, penetrantes potestades sobre los operadores, destacando sobre todas ellas las relativas al diseño y aplicación del mecanismo mismo de acceso a la prestación del servicio, articulado a través de la fórmula del *concurso*. Sin embargo, el impulso que en la práctica ha animado ese sistema se ha encontrado siempre significativamente alejado de la lógica del servicio público, de modo que no sólo los gestores indirectos han carecido de orientaciones claras y efectivas que corrigieran a favor de los intereses públicos, allí donde fuera necesario, el criterio de maximización del beneficio empresarial —incoherencia con la doctrina del servicio público que puso de manifiesto hace años el Prof. MUÑOZ MACHADO—, sino que el propio sistema público de radiotelevisión, en todos los niveles, ha carecido de una auténtica disciplina servicial, embarcándose muy al contrario en una frenética carrera por la conquista de la audiencia, con altísimos costes para el erario, como queda atestigüado con la inconcebible deuda acumulada tanto por RTVE como por los organismos gestores de televisiones autonómicas, por hacer referencia únicamente a las consecuencias más materiales de esta indeseable deriva. Sólo recientemente y a duras penas, una situación insostenible desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y la intervención de la Unión Europea indujeron un cierto cambio de tendencia en este estado de cosas.

Al modo de un dispositivo especular, la redefinición — aun limitada como decimos — del papel de las radiotelevisión públicas no tardó en inspirar un supuesto nuevo modelo de comunicación audiovisual privada instaurado con la LGCA, cuya novedad se haría notar en mayor medida y con toda lógica en el ámbito de la actividad más fuertemente enraizada en los postulados del servicio público: la hertziana terrestre. La nueva disciplina legal parece haber invertido en buena medida la dinámica anterior, de manera que donde había servicio público ha introducido el principio de libertad, a través del contrastado expediente de las *actividades de interés económico general*, pero al mismo tiempo ha pretendido hacer efectiva la salvaguarda de los intereses públicos mediante fórmulas diversas: el mantenimiento del concurso como técnica de acceso al mercado o la sistematización — en mayor medida que el reconocimiento *ex novo* — de una serie de principios enderezados a la tutela de dichos intereses. Ello conduce a que en el nuevo modelo se advierta una tensión, tal vez inédita aunque perfectamente comprensible, entre la garantía de ciertos intereses generales de la audiencia o la supuesta tutela del dominio público radioeléctrico y el desarrollo de una actividad económica en libertad.

A nuestro juicio — y esa es en buena medida la finalidad del libro que el lector tiene entre sus manos —, el mejor modo de que la actividad no siga un curso desviado respecto de la programación legislativa, como sucedió durante el escenario normativo precedente, consiste en que dicha tensión se resuelva de modo coherente en todos y cada uno de los ámbitos en los que la misma se manifieste, de manera que la solución reguladora que se alcance sea la más razonable y equilibrada desde el punto de vista de los intereses en presencia y sin renunciar en todo caso a su tutela.

Partiendo de la problemática evolución reciente del sector y a la vista, fundamentalmente, de la experiencia histórica y del incuestionable liderazgo del Derecho audiovisual norteamericano, el presente estudio trata pues de determinar en qué medida y por qué las soluciones adoptadas son o no coherentes. Para llevar a cabo este objetivo hemos considerado que el trabajo debía centrarse en el mecanismo de acceso a la actividad, el *concurso*, y sobre todo en su conclusión natural, la ahora denominada *licencia*, porque ambos constituyen el vértice de la nueva disciplina y, en consecuencia, fruto de la reflexión en torno a ellos se advertirían con mayor claridad los aciertos y las disfunciones de la nueva regulación.

Y así ha sido efectivamente. El análisis del nuevo marco regulador de las licencias audiovisuales revela una categórica inconsistencia entre el postulado de la libertad en el desarrollo de la actividad, al que inequívocamente aboca su despublicación, y el mantenimiento de la técnica del *concurso* para la adjudicación del título de acceso a la condición de prestador, la *licencia*, nueva denominación acuñada para el acto público habilitador que, a pesar de su inicial correspondencia léxica con la mar-

ginación del servicio público, apenas logra ocultar tras su nuevo ropaje a la vetusta y bien conocida *concesión*. Como decimos en el texto, parece que todo ha cambiado para que, una vez más, siga siendo igual. El resultado es además tortuoso porque, para desvincularse de la denostada órbita del servicio público y con ella de la regulación de los contratos, se ha recurrido a disciplinar los concursos según el bloque normativo de los bienes públicos, sin extraer todas las consecuencias —lo que sería deseable en un futuro, como señalamos repetidamente en el libro— y a través de una técnica decepcionante fundamentada en reenvíos generadores de destacables incertidumbres.

El análisis del *concurso* como técnica jurídica —en definitiva, como herramienta de composición de derechos e intereses diversos— es pues el centro de reflexión del trabajo. Y en él se advierte claramente la timidez del cambio normativo operado, que conserva un instrumento a nuestro juicio claramente desproporcionado en relación con los nuevos principios inspiradores de la actividad, pero que al tiempo corre el riesgo de apuntalar con axiomas periclitados —escasez radioeléctrica o penetrabilidad— o tal vez deficientemente enfocados —protección de audiencias desprotegidas— el que ya no queda más remedio que calificar como *gran pretexto de la política audiovisual*, a saber que el concurso es el único sistema para seleccionar a los mejores operadores y para proteger los intereses públicos, cuando es un secreto a voces que este mecanismo pervive en España, lisa y llanamente, porque otorga a las élites gubernamentales estatal y autonómicas el enorme poder de decidir, muchas veces con una robusta apariencia de objetividad, las voces activas del panorama audiovisual. No parece que la experiencia de los consejos audiovisuales permita rechazar, en general y de modo tajante, este diagnóstico.

A partir del concurso, el análisis del régimen jurídico de las *licencias* revela otras incoherencias, en buena medida derivadas de esa primera opción estratégica sobre el sistema de selección de los operadores. Así, *la posible duración indefinida en la condición de prestador* —que entendemos que viene avalada por la LGCA— no nos parece en sí misma una elección criticable a pesar del rechazo instintivo de un primer análisis, pero habrá de reconocerse que la coherencia de su implantación es mucho mayor en un sistema que selecciona a los licenciatarios mediante *subasta*, esto es, atendiendo al pago del mayor precio en el mercado, lo que debe conducir, irremediabilmente, a un reforzamiento de su posición. Algo parecido puede decirse del *reconocimiento de las licencias como activos susceptibles de negocios jurídicos* por parte de sus titulares, pero nuevamente esta medida resulta llamativa en un modelo legal que otorga los títulos sin necesidad de pagar un precio competitivo. Fomento del legítimo lucro privado y distribución de privilegios a costa de la simple renuncia estatal al aprovechamiento más eficiente posible de recursos públicos son, obviamente, cosas distintas. Por estas y otras buenas razo-

nes convenientemente expuestas, el cambio a la subasta como sistema de selección de los licenciatarios es una de las propuestas centrales de este libro, compartiendo así, por lo demás, el posicionamiento de autores que lo han patrocinado con anterioridad, aportando nosotros ahora argumentos adicionales al debate.

El estudio de la subasta no es, sin embargo, algo aislado en la sistemática expositiva de esta obra, sino que se lleva a cabo en el marco de una propuesta más general —y por ello más flexible y abierta— acerca de la necesidad de replantear el *modelo regulatorio de la radiotelevisión aérea*. Como venimos a decir en el texto, en los inicios del siglo XXI no podemos recurrir por más tiempo a presupuestos y herramientas de regulación anclados en la mitad del siglo XX, algunos de los cuales han visto refutada no solamente su idoneidad (caso del propio concurso), sino su veracidad misma (caso de la predicada *escasez* de las frecuencias radioeléctricas). Para ello hemos llevado a cabo una exposición lo más inteligible y completa posible sobre los complejos procesos de gestación, consolidación y hasta hibridación de los dos modelos regulatorios patrocinados en Estados Unidos, los llamados de *public trust* y *private market*. Aun ideales y parcialmente tangentes, ambos han inspirado en su conjunto soluciones en buena medida opuestas para la radiotelevisión. Al primero —importado por Europa en aspectos esenciales, aunque no en todos, como el relativo al papel de la radiodifusión pública— cabe atribuir en esencia una intensa tutela gubernativo-administrativa sobre el sector, materializada en la adjudicación de derechos de uso sobre frecuencias mediante concurso y en la imposición de fuertes condicionantes normativos y administrativos, tanto previos como posteriores, en el ejercicio de la actividad. Al segundo se debe una minimización regulatoria y la consiguiente traslación de las decisiones fundamentales sobre el desarrollo de la actividad desde la órbita pública hacia la audiencia y el mercado, con una enérgica y correlativa emancipación del tutelaje estatal en esta materia, siendo la implantación de la subasta —mecanismo, sin embargo, en buena medida neutro desde este punto de vista— uno de sus logros esenciales, que además ha pervivido.

No se trata de proponer soluciones ideales, extremas o en las antípodas de nuestra tradición cultural, pero sí tal vez de impulsar la reflexión y el debate sobre el modo de regular la radiodifusión por ondas, en orden al cumplimiento de las trascendentales funciones sociales a las que está llamada. Si este objetivo se consiguiera, aun en cierta medida, el libro habría conseguido sobradamente su objetivo. En este sentido, aunque no compartimos plenamente la afirmación de que la televisión sea una «tostadora con imágenes»—como con crudeza no exenta de elocuencia la definió Marc Fowler, responsable de la FCC y principal ejecutor de la desregulación radiotelevisiva promovida por Ronald Reagan en los años ochenta—, estamos persuadidos de que la calificación legal de la activi-

dad de comunicación audiovisual como un *servicio de interés económico general* debe tener unas consecuencias, precisas e irrenunciables, que aproximen su enfoque regulatorio al de cualquier otra actividad económica, lo que hace coherente, como proponemos en el texto, la emulación o adaptación en su caso de algunas soluciones avanzadas desde el modelo de mercado, comenzando por un replanteamiento del procedimiento de acceso al mismo.

Habrà de reconocerse en cualquier caso que este modelo que podríamos llamar de *sobretutela* de los medios aéreos, que liberaliza la actividad pero no termina de extraer todas las consecuencias lógicas de tal opción normativa, deberá tocar a su fin, de manera más o menos radical, en algún momento, fundamentalmente porque sus supuestos beneficios para los intereses públicos no terminan de advertirse por ningún lado, siendo por el contrario patente la progresiva degradación de los contenidos —al menos de los televisivos—, incluidos los emitidos por prestadores públicos, por mencionar sólo alguno de los peligros que la vigente intervención pública sobre el sector trata precisamente de conjurar. De modo que ante un modelo en muy buena medida fallido en cuanto a sus resultados, pero que es además más restrictivo para la libertad individual de los operadores, menos objetivo y al mismo tiempo desincentiva la insuprimible corresponsabilización del público, convenga tal vez un replanteamiento. Ojalá que este trabajo pueda contribuir eficazmente a ello.

Oxford, verano de 2015.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN RECIENTE DEL MARCO JURÍDICO DE LA RADIOTELEVISIÓN TERRESTRE Y SU INCIDENCIA SOBRE EL SECTOR. EL ECLIPSE DEL SERVICIO PÚBLICO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PRINCIPALES MERCADOS AUDIOVISUALES

1. EL ESCENARIO LEGAL VIGENTE SOBRE LAS CONDICIONES DE ACCESO A LOS MERCADOS DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL. INTERROGANTES SOBRE LA LLAMADA *COMUNICACIÓN PREVIA* COMO TÉCNICA DE APLICACIÓN GENERAL

Al margen de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual¹ televisivos y de radiodifusión sonora de naturaleza pública, que cuentan con una habilitación normativa directa para la realización de esas actividades², el acceso a la condición de operador por parte de particulares en

¹ En adelante, PESCA.

² En el contexto transformador característico de la LGCA, que considera a la radio y a la televisión como *servicios de interés económico general*, retirando a tales actividades su tradicional calificación de servicios públicos, el denominado *servicio público de comunicación audiovisual* en sentido estricto queda pues relegado a la actividad de comunicación audiovisual (y no a toda ella) desplegada por operadores de naturaleza pública, sea cual sea su ámbito de cobertura (estatal — RTVE —, autonómico o local), siendo definido, como se encarga de señalar dicha norma — aunque ya antes podía derivarse una conclusión parecida de la Ley 17/2006, de 5 de junio — como aquel «servicio esencial de interés económico general que tiene como misión difundir contenidos que fo-

estos ámbitos ha experimentado sensibles variaciones en su diseño normativo, en principio coherentes con la nueva calificación jurídica que aquellos reciben por parte del ordenamiento jurídico como *servicios de interés general*³. De este modo, el proceso liberalizador desemboca —como ha ocurrido antes en otros ámbitos de actividad— en que la regla general de la intervención administrativa en el sector consiste, en una primera etapa, en una mera comprobación *a posteriori* sobre la conformidad de la actividad desarrollada por el operador con el ordenamiento jurídico, bastando para iniciar la misma con que el interesado lleve a cabo la denominada *comunicación previa*. «La prestación del servicio requiere comunicación fehaciente ante la autoridad audiovisual competente y previa al inicio de la actividad», señala el art. 22.2 LGCA. El procedimiento para que dicha comunicación pueda ser plenamente eficaz y cumpla con la finalidad para la que ha sido legalmente prevista queda remitido a lo que establezca el Gobierno de la Nación, para servicios de ámbito supra-autonómico o las Comunidades Autónomas en caso de coberturas inferiores⁴.

En todo caso, la LGCA (art. 23) establece unas condiciones mínimas, de manera que la comunicación previa no producirá ningún efecto en los siguientes casos: *a)* cuando sea realizada por quien, habiendo efectuado ya una comunicación previa, u obtenido una licencia previa para cualquier ámbito de cobertura, haya sido sancionado con la privación

menten 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» (art. 40 LGCA).

³ No es objeto específico de este estudio el adentrarse en profundidad en el tránsito que los servicios audiovisuales (y especialmente la radiotelevisión por ondas) han experimentado, a partir de la LGCA, desde el servicio público a los servicios de interés general, ni en la naturaleza y características esenciales del modelo resultante, aun siendo estas cuestiones que inevitablemente se abordan a lo largo de todo el trabajo, fragmentaria o implícitamente. Sobre estos asuntos existen ya estudios muy destacados. Así, entre otros, S. MUÑOZ MACHADO, «La regulación del sector audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.) y M. RODRÍGUEZ VALDERAS (coord.), *Derecho de la regulación económica. V. Audiovisual*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 12 y ss. También en el mismo volumen, el trabajo de J. A. CARRILLO DONAIRE, «Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general», pp. 293 y ss. Asimismo, T. DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual: del servicio público a la liberalización en un sistema dual», en C. CHINCHILLA y M. AZPITARTE (coords.), *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 21 y ss.

⁴ Conviene destacar que la omisión del Estado en este punto viene siendo total. Por el contrario, algunas Comunidades Autónomas han desarrollado los mencionados extremos relativos a las comunicaciones previas exigibles a los servicios con cobertura en sus territorios. *Vid.*, en tal sentido, los arts. 5 y ss. del Decreto 134/2013, de 30 de julio, de comunicación audiovisual de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 21 de la Ley 5/2013, de 1 de octubre, audiovisual de las Islas Baleares; también, aunque únicamente para servicios de radiodifusión sonora, el art. 8 del Decreto 102/2012, de 29 de marzo, por el que se desarrolla el servicio de comunicación audiovisual radiofónica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia; o, sin ánimo de exhaustividad, los arts. 4 y 5 del Decreto 231/2011, de 8 de noviembre, sobre la Comunicación Audiovisual del País Vasco.

de sus efectos o con su revocación en los dos años anteriores mediante resolución administrativa firme; o *b*) cuando sea efectuada por aquellos que habiendo prestado servicios audiovisuales en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo hayan visto prohibidas sus actividades durante los dos últimos años por atentar contra los principios y valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos o lo dispuesto en la normativa europea en materia de protección de menores. Como condición adicional, la LGCA añade que «cuando el servicio audiovisual prestado sea de pago, el sistema de codificación deberá estar homologado por la Autoridad Audiovisual» (art. 23.3 LGCA). Del mismo modo, se trasladan a la comunicación previa las limitaciones a la titularidad de licencias por razones de orden público audiovisual, tal y como establece el art. 26 LGCA, el cual se encarga de disponer que aquélla «no producirá ningún efecto» de concurrir alguna de tales limitaciones⁵.

La comunicación previa es pues el mecanismo de acceso a la prestación de servicios de comunicación audiovisual por satélite y cable, a los que ya desde 1995 y 2003-2006, respectivamente, se les venía exigiendo una simple *autorización* reglada. Aunque también es la herramienta para el acceso a la prestación de cualquier otra modalidad de servicios audiovisuales que quede comprendida dentro del ámbito regulador de la LGCA⁶ y que no requiera licencia, esto es, que no implique su prestación

⁵ En tal sentido, parece razonable el reproche realizado por algún autor a la extensión de las causas de prohibición para contratar a aquellos PESCA que requieren la presentación de una simple comunicación previa para el desarrollo del servicio, es decir, que gozan de libertad para su prestación y no hacen uso de un recurso público escaso [C. CHINCHILLA MARÍN, «El régimen jurídico de las comunicaciones y licencias audiovisuales», en C. CHINCHILLA y M. AZPITARTE (coords.), *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual*, *op. cit.*, pp. 360-361]. Ahora bien, no todas las circunstancias y limitaciones previstas en los arts. 25 y 26 LGCA son equivalentes, de manera que tal vez respecto de algunas de ellas sí debiera revisarse su aplicación a estos operadores, dado que la razón de su imposición se orienta mucho más hacia una elemental función de policía sobre la actividad, en razón de su relevancia social. Así, por ejemplo y aunque existe un inevitable margen para la decisión de oportunidad, tal vez no termine de tener sentido que, a la vista de la esencial equivalencia de los servicios prestados y de su igual incidencia potencial sobre la opinión pública, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que no emplean el espectro radioeléctrico no hayan de cumplir las condiciones —por otra parte generosas y del todo compatibles con el principio de libre circulación y con la política europea sobre actividades de servicios— en materia de nacionalidad, domiciliación o participación que se contienen en el art. 25 (reivindicación que se desprende de J. A. CARRILLO DONAIRE, «Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general», *op. cit.*, pp. 321-322). No obstante, algunas otras limitaciones o prohibiciones ya se aplican a los PESCA que requieren comunicación previa, de modo que el art. 26.2 LGCA (aunque con alcance algo menor y de modo redundante, también el art. 23.1 LGCA) traslada, en su totalidad y con buen sentido, a los prestadores de servicios sujetos a comunicación previa las principales prohibiciones que para los licenciatarios se contemplan en el art. 26.1 LGCA.

⁶ La tipología de servicios comprendidos dentro del ámbito objetivo de la norma se contiene en su art. 2.2:

«a) El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.

mediante ondas hertzianas terrestres, como indica con elocuente precisión el art. 22.3 LGCA⁷. Podría decirse que la comunicación previa es, en consecuencia, la técnica de acceso al mercado de servicios de comunicación audiovisual *por defecto*, siguiendo una lógica muy similar a la derivada de otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la DSMI y sin perjuicio de que, como se verá en otras partes de este trabajo, precisamente los servicios audiovisuales hayan quedado expresamente excluidos del ámbito aplicativo de esta norma europea.

Cuestión distinta es, en efecto, la de determinar exactamente a cuál de las dos técnicas contempladas por nuestro Derecho general en sustitución de las autorizaciones o licencias, como títulos previos, es reconducible la que la LGCA denomina *comunicación previa*, si a la comunicación en cuanto tal o, por el contrario, a la llamada *declaración responsable* (arts. 71 *bis*.1 y 2 LRJPC y 69.1 y 2 LPAC). La cuestión no es baladí, pues la LGCA se abstiene de acompañar ningún régimen sustantivo al nuevo mecanismo y, al menos sobre el papel, la adscripción a uno u otro

b) El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.

c) El servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o “televisión en movilidad”, que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil.

d) El servicio de comunicación audiovisual radiofónica, que se presta para la audición simultánea de programas y contenidos sobre la base de un horario de programación.

e) Los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a petición, que se presta para la audición de programas y contenidos en el momento elegido por el oyente y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.

f) El servicio de comunicación audiovisual radiofónica en movilidad o “radio en movilidad”, que se presta para la audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil».

⁷ En efecto, la expresión empleada por el art. 22.3 LGCA relativa a que «dichos servicios se presten mediante ondas hertzianas terrestres» es elocuentemente precisa y permitiría, por ejemplo, discriminar las condiciones jurídicas para la prestación de, por una parte, los servicios audiovisuales accesibles a través de los operadores de comunicaciones electrónicas móviles mediante tecnología «punto a punto» y, por otra, los servicios de radiotelevisión digital terrestre en movilidad. Mientras que aquellos no requieren título administrativo superpuesto al que corresponde al operador de telecomunicaciones que les da soporte, los segundos están sometidos —como viene advirtiendo nuestro ordenamiento jurídico desde hace bastante tiempo y ahora en el art. 34.1 LGCA— a la adjudicación de la correspondiente licencia audiovisual. Los primeros son simples servicios accesibles a través de un operador que ya dispone de una concreta porción de espectro adjudicado para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Los segundos implicarían, en principio, el uso de espectro autónomo (en sí mismos, se prestarían pues «mediante ondas hertzianas terrestres») y en consecuencia requerirían, como decimos, la adjudicación de licencias específicas. En definitiva, «la TDT en movilidad es conceptual y técnicamente diferente de las emisiones de televisión que se pueden recibir en un dispositivo móvil con acceso inalámbrico tal y como las conocemos hasta ahora: vía 3G o vía Internet» (J. M. BENITO GARCÍA, «La televisión digital en movilidad en España: situación jurídica, técnica y de mercado», *Derecom*, núm. 13, 2013, p. 50; accesible en <http://www.derecom.com/numeros/pdf/benito.pdf>). El acceso a todos los enlaces hipertexto referidos en el presente trabajo está actualizado a octubre de 2015.

tipo acarreará consecuencias jurídicas distintas⁸. En principio, aunque por sí mismo el argumento literal —es decir, el que atiende a la identidad de denominaciones— tal vez no sea suficiente al respecto, tampoco resulta despreciable *ab initio*, sino que más bien constituye un primer asidero⁹, todo ello contando con que no solo se ha señalado la dificultad de distinguir ambas técnicas, sino que se ha llegado a afirmar su carácter confuso y hasta intercambiable¹⁰.

Sea como fuere, dos afirmaciones claras parecen admisibles sobre la figura prevista en la LGCA. En primer lugar que, acogiendo a la remisión contenida en el art. 71 *bis*.3 § 2.º LRJPC¹¹, la comunicación en el ámbito audiovisual ha de ser necesariamente *previa* al inicio de la actividad¹². Esta condición parecería asimilar el régimen de esta figura al de la *declaración responsable*, a la que se ha asignado un carácter algo más solemne, reconduciéndola a la que se ha denominado en otros contextos «comunicación previa con control», frente a la comunicación *previa* propiamente dicha, identificable con la denominada «comunicación previa sin control», en alusión a la previsibilidad del ejercicio posterior de una actividad de supervisión sobre la actividad por parte de la autoridad pública¹³. Pero, en tal caso, parece que no existiría ningún requisito sectorial preliminar destacable para la prestación de servicios de comunicación por cable cuyo cumplimiento deba ser objeto de verificación *a posteriori* por parte de la autoridad administrativa, lo que milita a favor de la asimilación de esta técnica a la comunicación *previa*¹⁴.

⁸ Resulta tal vez paradójico que, finalmente, el régimen de la comunicación *previa* previsto en la LGCA deba integrarse con el contemplado en la legislación común de procedimiento administrativo, que a su vez proviene en este punto de un bloque normativo (DSMI, LLAASE y Ley 25/2009, de 22 de diciembre) que excluye de sus previsiones a los servicios audiovisuales, tal y como se puede comprobar con mayor profundidad en apartados sucesivos de este estudio.

⁹ A pesar de que la propia LGCA no sea todo lo clara que sería deseable y no emplee exactamente el mismo término a lo largo de su articulado. Mientras califica la nueva técnica como *comunicación fehaciente* en el art. 22.2 (aunque matice seguidamente que la misma debe ser *previa* al inicio de la actividad), el art. 23 se intitula «La comunicación *previa*».

¹⁰ Entre otros, F. LÓPEZ MENDUO, «La transposición de la Directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación *previa*», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, p. 124.

¹¹ Que señala que «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente», coincidiendo exactamente con lo dispuesto en el art. 69.3 § 2.º LPAC.

¹² Art. 22.2 LGCA: «La prestación del servicio requiere comunicación fehaciente ante la autoridad audiovisual competente y *previa* al inicio de la actividad».

¹³ La referencia en J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación *previa* y declaración responsable», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, p. 99, quien a su vez toma la terminología de ARROYO. Pero tampoco este criterio permite dirimir la cuestión, dada la amplia y generalizada remisión llevada a cabo por el art. 71 *bis*.3 LRJPC a las «facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas» (en sentido idéntico se pronuncia el art. 69.3 LPAC).

¹⁴ Como ha destacado ya algún autor, el papel de la regulación sectorial de cara a facilitar la diferenciación de estas dos figuras es clave; y una de esas responsabilidades seguramente con-