



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 427/2010

(Pleno)

La Laguna, a 25 de junio de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto sobre Servicios de Comunicación Audiovisual (EXP. 466/2010 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Al amparo de los arts. 11.1.B.b) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo se solicita por el Presidente del Gobierno Dictamen acerca del Proyecto de Decreto sobre Servicios de Comunicación Audiovisual.

A la petición de Dictamen se incorpora certificado del Acuerdo gubernativo de solicitud del mismo respecto al Proyecto de Decreto, que el Gobierno tomó en consideración en sesión de 10 de junio de 2010 (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio).

2. La solicitud ha sido cursada por el procedimiento de urgencia, que se fundamenta, a los efectos de la exigencia de motivación prevista en el art. 20.3 de la citada Ley reguladora de este Consejo, en "la necesidad inaplazable de adaptar el mercado radiofónico a las necesidades actuales de la sociedad, posibilitando la incorporación al mismo de nuevos prestadores de servicios, mediante la convocatoria pública de las 156 frecuencias actualmente disponibles en el espectro radioeléctrico. Este proceso, que se había iniciado en la presente legislatura, se vio interrumpido durante largo tiempo por la tramitación ante las Cortes Generales de un Proyecto de Ley que modificaba la normativa básica, y una vez aprobada ésta, se hace necesario

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

adaptar a la misma la normativa autonómica, como presupuesto previo y necesario para convocar las frecuencias disponibles”.

3. Se trata de un proyecto reglamentario de desarrollo de normas básicas del Estado, en concreto de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que, a su vez, incorpora la Directiva 2007/65/CEE, de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007.

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, regula la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE 95/2010, de 15 de abril), con posterioridad a la citada normativa básica Ley 7/2010, de 31 de marzo.

Como señala la citada Ley 7/2010, de 31 de marzo, pretende “compendiar la normativa vigente aún válida, actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal”.

En consecuencia, el Proyecto reglamentario que se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, como desarrollo de normas básicas del Estado, debe ser dictaminado preceptivamente, según el art. 11.1.B.b) de su ley reguladora, correspondiendo su solicitud al Presidente del Gobierno, según el art. 12.1 de dicha Ley.

4. En el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se han emitido, con carácter general, los preceptivos informes, dando cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación. Efectivamente, figuran en el expediente el texto preparado y los informes de los diversos órganos administrativos que han participado en su tramitación y el trámite de audiencia.

Así, consta en el expediente la siguiente documentación:

Memoria justificativa del Proyecto sobre Servicios de Comunicación Audiovisual, de 29 de abril de 2010.

Memoria sobre el proceso de simplificación en el Proyecto de Decreto sobre Servicios de Comunicación Audiovisual, de 30 de abril de 2010.

Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Economía y Hacienda, de 20 de mayo de 2010 [art. 26.4.a) del Decreto 12/2004, de 10 de febrero].

Informe de la Oficina Presupuestaria de 13 de mayo de 2010 [art. 2.2.f) de los Decretos 153/1985, de 17 de mayo, y 234/1998, de 18 de diciembre].

Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, de 3 de junio de 2010 [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

Informe de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno de Canarias de 7 de junio de 2010.

Informe de la Inspección General de Servicios, de 13 de mayo de 2010 [art. 77.e) del Decreto 22/2008, de 19 de febrero].

Informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, de 7 de junio de 2010 (Decreto 45/2009, de 21 de abril).

Informe de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno de 7 de junio de 2010, dando respuesta a las observaciones planteadas por los Organismos intervinientes en el procedimiento de elaboración del proyecto reglamentario (Inspección de Servicios, Dirección General de Planificación y Presupuesto y Dirección General del Servicio Jurídico).

Se ha cumplido, también, el trámite de audiencia e información pública [art. 105.a) CE]. Así, por Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno se acordó someter a audiencia e información pública el Proyecto de Decreto "sobre Servicios de Comunicación Audiovisual", habiéndose publicado la citada Resolución en el BOC nº 91, de 11 de mayo de 2010.

Como resultado del citado trámite de audiencia e información pública han emitido su parecer, entre otras, las siguientes entidades: la S.E.R.; C.C.P.C., S.S.L.; por la Federación de Asociaciones L.M. y A.R.M.C.; y R.A.

Constan, en el expediente, así mismo el examen y la valoración de las alegaciones de las citadas entidades, por parte de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, de 3 de junio de 2010.

5. El Proyecto de Decreto se estructura en una Introducción a modo de preámbulo, 32 artículos, divididos en cuatro Capítulos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

6. El art. 149.1.21ª de la Constitución (CE) atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de “telecomunicaciones” y “radiocomunicación”. Por su parte, el art. 149.1.27ª CE regula como competencia compartida el régimen de la radio y la televisión, mediante el empleo de la técnica “normas básicas estatales” y el art. 32.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias atribuye a Canarias el desarrollo legislativo y de ejecución en materia de prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social en Canarias.

La delimitación de ambos títulos competenciales ha sido realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 244/1993, de 15 de julio, destacando en los siguientes términos, *“Su alcance distinto y sosteniendo que no pueden superponerse o solaparse, si bien se limitan entre sí mutuamente: una competencia exclusiva del Estado para ordenar la telecomunicación y la radiocomunicación (art. 149.1.21ª CE), y otra compartida con las Comunidades Autónomas acerca de la radio y la televisión en cuanto medios de comunicación social, en la que sólo incumbe al Estado dictar las normas básicas (art. 149.1.27ª CE). El punto de conexión que permite seleccionar la aplicación de uno u otro título es, por una parte, la directa relación de la radiodifusión, en cuanto medio de comunicación social, con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE y referidos de algún modo al derecho a comunicar y recibir información y a la libertad de expresión, circunstancia que hace que tanto la radio como la televisión configuren un fenómeno, en esencia, no distinto a la prensa; juega en estos casos el art. 149.1.27ª CE como regla de distribución competencial. Mientras, en cambio, aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven -las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas- quedan dentro de la competencia estatal exclusiva ex art. 149.1.21ª CE para ordenar el dominio público radioeléctrico; dominio que no es ocioso ahora recordarlo, es susceptible de distintos usos para otros tipos de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radiodifusión; razón por la cual es menester una ordenación unitaria del problema mediante la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos, en cumplimiento de la disciplina*

internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, v.gr., puede ser la evitación de interferencias. Dicho esto con la advertencia de que el empleo de uno u otro punto de conexión debe venir presidido por una inevitable cautela: habida cuenta de que el título competencial del art. 149.1.21ª CE es virtualmente más expansivo que el dispuesto en el art. 149.1.27ª CE y para impedir una injustificable exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión aquella regla de deslinde debe ser interpretada restrictivamente”.

Así mismo, se reiteran, entre otras, las SSTC 167/1993, 168/1993 y 248/1998.

7. Según expresa la introducción de la norma reglamentaria propuesta:

“Hasta la entrada en vigor de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, las actividades de radiodifusión sonora y televisión han tenido la consideración legal de servicios públicos, y en cuanto tales, la participación de los particulares en la prestación de los mismos se venía haciendo bajo la modalidad de gestión indirecta de dichos servicios públicos, precisando, como título jurídico habilitante, de una concesión administrativa otorgada por el procedimiento específicamente regulado en la legislación de contratos del sector público para este tipo de concesiones.

Este régimen jurídico se ha visto profundamente modificado por la citada Ley 7/2010, de 31 de marzo, que, con carácter general, abandona la noción de servicio público y califica a este tipo de actividades como servicios de interés general, que pasan a prestarse en ejercicio de la libertad de empresa y en régimen de libre competencia. Estos servicios de interés general coexisten, no obstante, con un servicio público de comunicación audiovisual, con una misión específica y delimitada en la propia ley y un objeto restringido, que en ningún caso podrá alterar la competencia en el mercado audiovisual.

Ante esta modificación legislativa se hace necesario que la Comunidad Autónoma de Canarias regule el ejercicio de las competencias que corresponden a los órganos de su Administración cuando, en el nuevo marco normativo diseñado por el legislador estatal, estén llamados a intervenir como autoridad audiovisual.

A tal fin, al prescindirse de la figura de la concesión de servicio público, deja de ser aplicable la legislación de contratos del sector público para otorgar el título jurídico correspondiente y, por ello, el presente Decreto regula el

procedimiento conforme al cual han de otorgarse las licencias cuyo ámbito de cobertura no exceda del territorio de la Comunidad Autónoma, regulación que, de acuerdo con la doctrina constitucional en la materia, corresponde al titular de la competencia para el otorgamiento de las mismas.

Se regulan también la recepción de la comunicación previa, los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro, el ejercicio de las potestades de inspección y sanción y, finalmente, se crea el Registro canario de prestadores del servicio de comunicación audiovisual”.

II

Aspectos de la Ley 7/2010, de 31 de marzo y el régimen especial aplicable a Canarias.

1. La nueva Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) es, por lo tanto, punto de partida y límite de las competencias autonómicas en la materia. Su carácter dual se aprecia así mismo en su doble naturaleza jurídica, pues la mayor parte de la Ley es expresión normativa de la competencia del Estado prevista en el art. 149.1.27ª CE, que permite al Estado dictar la legislación básica en “régimen de prensa, radio y televisión”, salvo los arts. 5.3, párrafo noveno, 11 y 31, y el apartado 5 de la disposición transitoria segunda, que se aprueban al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, prevista por el art. 149.1.21ª CE (disposición final sexta LGCA).

Por su lado, la Disposición adicional cuarta de la citada Ley 7/2010 contempla el régimen especial aplicable a Canarias, “en atención a las especiales circunstancias de lejanía, insularidad y dispersión poblacional que concurren en Canarias como región ultraperiférica, así como la necesidad que supone las telecomunicaciones de banda ancha para la comunicación de contenidos audiovisuales”.

Y los arts. 22 a 33 de la Ley regulan dentro del régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual, en un mercado transparente y plural, “los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general”.

2. El proyecto normativo efectúa una regulación parcial de lo que denomina “servicios de comunicación audiovisual”, pues en realidad tiene por objeto el régimen de las comunicaciones previas (arts. 2 a 4), licencias (arts. 5 a 18), servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro (arts. 19 a 21), inspección (arts. 22 a 25), régimen sancionador (arts. 26 a 28) y Registro canario de prestadores del servicio de comunicación audiovisual (arts. 29 a 32).

3. El desarrollo reglamentario propuesto se ha efectuado de conformidad con la legislación básica del Estado y en este sentido: se sustituye el régimen concesional por el de licencias; se dispone el procedimiento de concurso para la licitación de las licencias; se incorpora un doble régimen de licencias y comunicaciones previas; se reconoce la competencia del Gobierno para la regulación del procedimiento de las mismas; se respetan los criterios de valoración para la licitación; y se cumple el plazo mínimo de retención de la licencia en manos de su titular antes de que pueda transmitirla.

4. No obstante, se pueden efectuar al Proyecto de Decreto algunas consideraciones generales y otras al articulado:

4.1. En general. El Proyecto de Decreto desarrolla, parcialmente, la normativa básica que, si bien, en principio, debe realizarse por ley formal autonómica y a partir de ella, por reglamento ejecutivo del Gobierno, sin embargo, dada la extensa naturaleza organizativa y procedimental del Proyecto de Decreto sin que en lo material se innove o complete la base estatal ni tampoco se incluyan normas adicionales para los servicios de comunicación audiovisual de su ámbito competencial, puede considerarse, en este caso, suficiente el rango normativo reglamentario elegido.

Conectado con lo anterior, sin embargo, en el articulado del Proyecto de Decreto no se debería referir expresamente al régimen sancionador, por más que el mismo se limite a contener medidas orgánicas y de competencia y un reenvío a la legislación estatal y autonómica en la materia.

4.2. Al articulado, disposición adicional única y disposición final primera del Proyecto de Decreto (PD).

Art. 5 PD.

La Ley del Estado remite la regulación de los concursos a la "Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas", para lo no previsto en la misma, "así como en sus respectivos ámbitos de competencias, por lo previsto en la legislación autonómica de desarrollo". El art. 5 PD cita directamente el Decreto y la legislación de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, Ley 6/2006, de 17 de julio, pero sin mencionar la normativa básica que, en todo caso, debe observarse.

Art. 7 PD.

Ha de preverse, no obstante la corrección de lo previsto, el supuesto, contemplado en la Ley básica, en el que es obligatoria la convocatoria pública.

Art. 9.1.d) PD.

El art. 9.1.d) PD califica como criterio valorativo para decidir sobre el otorgamiento de las licencias "el compromiso de no transmitir la licencia durante un período de tiempo superior a la prohibición de transmisión legalmente establecida", 2 años, que se encuentra regulado en el art. 29.2.a) LGCA.

Por razones de técnica normativa y de seguridad jurídica, se podría dar otra redacción a dicho artículo en el sentido de valorar no tanto el compromiso de no transmitir [que se configura como prohibición legal art. 29.2.a) Ley 7/2010], como la conservación de la licencia una vez agotado el plazo mínimo de retención, que es de dos años, sustituyendo la referencia indeterminada de "tiempo superior" por plazos concretos.

Art. 13 PD.

Tratándose del segundo sobre, habiéndose por tanto realizado la actuación establecida en el artículo precedente, en relación con el primer sobre, procede advertir que el rechazo aquí previsto debería referirse a los "méritos" a incluir en dicho segundo sobre, pero no a los solicitantes o solicitudes, respecto a los que la mesa de evaluación determinó su aptitud.

Art. 18.2 PD.

De acuerdo con lo establecido al efecto en la Ley básica, es procedente que no sólo se haga referencia a las condiciones en aquélla ordenados, sino que se ha de prever expresamente la denegación de la autorización cuando el solicitante no se subroga en las obligaciones del anterior titular.

Además, en relación con lo previsto en el art. 9.1.d), la Ley básica estatal, en su art. 29.2.e), establece como condición para la transmisión o arrendamiento de la licencia el cumplimiento de la oferta mediante la cual se obtuvo la adjudicación de la misma.

Art. 18.5 PD.

En tanto que no cabe oponerse a la transmisión de las licencias, salvo que se cumplen las condiciones legalmente establecidas (art. 29.1 LGCA), y dado que ni siquiera concurren, en este caso, cambio de la titularidad de la licencia, que

permanece a favor de la misma entidad, la excepción propuesta, puede considerarse que se aparta de la regla general del silencio positivo previsto por la normativa básica (LRJAP-PAC art. 43) que, por otra parte, el propio precepto admite con carácter general.

Art. 25.3 PD.

El Proyecto de Decreto atribuye a las actas extendidas por los funcionarios en ejercicio de las funciones inspectoras “presunción de certeza”, sin embargo, el art. 137.3 LRJAP-PAC les reconoce “valor probatorio”, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

Disposición adicional única PD.

Siendo lógica la supresión del Registro Canario de Empresas Radiodifusoras al crearse el Registro Canario de Prestadores del Servicio de Comunicación Audiovisual, debería contemplarse un régimen transitorio, mientras se pone en funcionamiento el nuevo Registro. (Más aún cuando el art. 32 PD contempla la necesidad de disposiciones dictadas por el titular del Departamento competente en materia de comunicación social, para regular su organización y funcionamiento).

Disposición final primera PD.

Es cierto que resulta pertinente, consecuentemente con la ordenación contenida en el Proyecto analizado, la modificación del Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno en los términos propuestos, pero, partiéndose de la precedente distinción entre Decreto y Reglamento, el primero como acto normativo de aprobación del segundo y éste como normativa a aprobar por aquél, debería actuarse en consecuencia y recogerse esta previsión, como disposición final del Decreto, junto a las restantes disposiciones del texto analizado, excluyéndolas del Reglamento propiamente dicho.

C O N C L U S I O N E S

1. El Proyecto de Decreto sobre Servicios de Comunicación Audiovisual se considera conforme a Derecho.

2. Al Proyecto de Decreto se formulan determinadas observaciones que se expresan en la fundamentación del presente Dictamen.