

propugnada extensión del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración a las entidades privadas de certificación y control. Subjetiva, porque el derecho público puede acabar penetrando también en el propio estatuto jurídico de los sujetos que sustituyen a la Administración en la realización de determinadas tareas; así, cuando se les imponen deberes típicamente jurídico-públicos de objetividad, neutralidad e imparcialidad en el desempeño de aquellas, o se les habilita para que dicten verdaderos actos administrativos.

En cuanto a la necesidad de la reafirmación del papel de la ley frente a la autorregulación privada y el contrato, el autor señala diversos ámbitos en los que en los últimos años se ha producido un claro avance de la autocomposición privada de intereses y el correlativo retroceso de los espacios normados por la ley: el auge de la autorregulación en el mundo de la empresa privada, con frecuencia impulsada y asumida por el propio poder público, la extensión cada vez mayor de los medios alternativos de resolución de conflictos, como respuesta al colapso del sistema judicial, o la ya mencionada sustitución de las autorizaciones administrativas por las comunicaciones de inicio de actividad, en las que las entidades privadas de certificación y control, que operan en virtud de un contrato privado con el particular que requiere sus servicios, tienden a ocupar el lugar que antes correspondía al control *a priori* de la actividad por la Administración. En todos estos supuestos existe el peligro de que la autocomposición privada soslaye la tutela de los intereses públicos y, en su caso, de la parte débil de la

relación jurídica, por lo que la ley, asumiendo su nueva posición en el marco del Estado garante, debería desplegar los efectos de límite en defensa de aquellos.

En definitiva, como puede comprobarse por el apretado resumen que se acaba de exponer, el profesor ESTEVE PARDO ha acertado a condensar en poco más de cien páginas algunos de los principales retos a los que se enfrenta el Estado social y democrático de Derecho y su Administración en la actualidad, pero, y ello resulta especialmente valioso, no se ha contentado con describir o diagnosticar, sino que propone un marco conceptual y teórico, el del Estado garante, para dar una respuesta a estas transformaciones. La construcción dogmática de la actividad de garantía como nueva forma de la actividad administrativa es un desafío sin duda apasionante al que quedamos convocados todos los administrativistas.

Luis MIGUEZ MACHO  
Universidad de Santiago de  
Compostela

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: *Las licencias audiovisuales. Evolución. Régimen. Desafíos*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 228 págs.

La razón de la regulación del audiovisual debiera ser la garantía del pluralismo político, social y cultural, al que alude la Ley General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA). En el ejercicio de las libertades de información y de

expresión por medios de comunicación social de masas como la radio y la televisión está en juego, sin duda, en buena medida, la calidad democrática del país.

Sin embargo, la realidad muestra cómo los intereses de los partidos políticos en el poder y de los grupos empresariales afines han moldeado la legislación y su ejecución, esto es, las limitaciones legales para evitar la concentración y las adjudicaciones, antes de concesiones y ahora de licencias, en el ámbito de las radios y televisiones privadas por ondas terrestres. Todo ello al margen ahora de cuál ha sido la regulación normativa y la realidad de la radio y la televisión pública, en relación con su mayor o menor politización.

Respecto de las limitaciones para evitar la concentración de medios, cabe constatar cómo la evolución de la legislación al respecto ha tenido «nombres y apellidos». Baste señalar que la regulación inicial de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, prohibía que una misma persona pudiera tener más del 25 % de acciones de una cadena privada, y que tuviera acciones en más de una cadena privada, límite que fue relajando por sucesivas modificaciones legales en 1998, 2002 y 2003, encaminadas todas a ellas a permitir una mayor concentración de medios para favorecer el control pleno por los accionistas mayoritarios de las actuales Atresmedia y Mediaset, afines al Gobierno del Partido Popular en el poder. El régimen vigente trae causa del Real Decreto Ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones aprobado por un Gobierno del Partido Socialista (luego transformado en Ley 7/2009, de 3 de julio), y de ahí pasó

a la LGCA, y permite la titularidad simultánea de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio con ciertos límites. Respecto a las televisiones privadas de ámbito estatal, ninguna persona física o jurídica puede adquirir una participación significativa en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal cuando la audiencia media del conjunto de los canales considerados supere el 27 % de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición (porcentaje calculado para que los dos grandes pudieran adquirir La Sexta o Cuatro, empresas en pérdidas entonces y que la nueva regulación permitió así «engullir»; por lo demás, carece de consecuencia alguna la superación de ese máximo *a posteriori*), o si suman más de la capacidad técnica correspondiente a dos múltiplex o implica la inexistencia de al menos tres prestadores privados materialmente distintos. En el caso de las televisiones privadas autonómicas el único límite es la acumulación de derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiplex.

En cuanto a las adjudicaciones, la regulación inicial de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada partió de la consideración de la actividad como servicio público, susceptible tanto de gestión directa como indirecta a través de concesión, previendo un número de tres, y el primer concurso que el Gobierno socialista de entonces convocó se resolvió con su otorgamiento a Antena 3, Tele5 y Canal Plus, siendo esta última discutida en la medida en que se trataba

de una televisión de pago y, por ello mismo, con menor potencial para el acceso por la generalidad de los ciudadanos (si bien se estipuló que los informativos se emitirían en abierto). Bajo Gobierno popular, en 2000, se adjudicaron concesiones para emitir con tecnología digital a grupos que podían considerárseles próximos, como Veo TV (Unidad Editorial) y a Net TV (Vocento). En 2005, la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, permitió la entrada de un cuarto concesionario en tecnología analógica, siendo el ganador del concurso la Sexta. A la vez, se autorizó la modificación de las condiciones de emisión de Canal Plus, que pasó a emitir toda su programación en abierto con el nombre de Cuatro. Ambas operaciones favorecerían a grupos mediáticos afines al Gobierno socialista de entonces. Posteriormente, con el pase a las emisiones en tecnología digital, se han vivido convulsiones, puesto que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de noviembre de 2012 anuló la asignación sin concurso de un múltiplex digital con capacidad para cuatro canales a cada uno de los antiguos concesionarios llevada a cabo por acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, esto por es por el Gobierno socialista que había impulsado la LGCA ya entonces en vigor, que prescribe la necesaria convocatoria de concursos para adjudicar nuevos canales. Esta medida había supuesto, en la práctica, la atribución de nueve canales adicionales: tres a Atresmedia, dos a Mediaset, dos a Veo TV y otros dos a Net TV. La injustificable reacción del Gobierno popular, que por acuerdo

del Consejo de Ministros de 22 de marzo 2013 dispuso que los canales afectados podían continuar con sus emisiones «hasta que culmine el proceso de liberación del dividendo digital», fue impugnada por una sociedad aspirante a una de las licencias y anulada por el propio Tribunal Supremo en un posterior auto de ejecución de sentencia, que ordenó el cese en la emisión de nueve canales. La última adjudicación, de seis canales, que tuvo lugar el 16 de octubre de 2015, poco antes de las elecciones generales, otorgó un nuevo canal a Mediaset y a Atresmedia, cuando ya tenían seis y cinco, respectivamente, frustrando así la perspectiva de entrada de nuevos operadores que habían concurrido (PRISA, Vocento y El Corte Inglés) y «deshaciendo» parcialmente, de esta forma, los efectos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012. En la situación actual (y sin contar los canales que también emiten duplicadamente en alta definición) se emiten veintiséis canales: RTVE cinco, Mediaset siete, Atresmedia seis, Net TV dos, Veo TV dos, y 13 TV, Radio Blanca, Secuoya y Real Madrid, uno cada uno. Ahora bien, dos grandes grupos, Mediaset y Atresmedia, concentran el 60 % de la audiencia y el 90 % de la publicidad.

Este es el marco de intereses de grandes grupos mediáticos y afinidades y entendimientos empresariales y políticos que resulta necesario tener presente para valorar el análisis y las propuestas del profesor FERNÁNDEZ SALMERÓN.

A esta panorámica hay que añadir el cambio de paradigma jurídico que ha vivido el audiovisual con el paso de la categoría del «servicio público», objeto de gestión directa por los operadores públicos e indi-

recta por los operadores privados que actuaban como concesionarios, a la categoría del «servicio público» reservada a los prestadores públicos, y del «servicio de interés económico general» en el que desempeñan su libre actividad empresarial los prestadores privados, ahora ya no concesionarios sino licenciatarios, en el caso de la emisión por ondas terrestres, o sujetos solo a la previa comunicación de inicio de la actividad, en los demás casos. Se trata de una opción española, puesto que el derecho de la Unión Europea no impone un modelo u otro, de la que el autor pretende a lo largo de todo el trabajo extraer consecuencias que sitúen coherentemente la actividad pública audiovisual en la lógica del interés público y la actividad privada audiovisual en la lógica del interés privado, de la ganancia económica, de la «libertad» o del «mercado».

Pues bien, el trabajo se centra en el régimen de las licencias audiovisuales. No se trata de un mero análisis «desapasionado», sino, diríamos, de una clara toma de posición jurídica pero también ideológica en relación con el régimen actual y de una apuesta por un cambio. Dicho de una forma directa, el profesor FERNÁNDEZ SALMERÓN considera que existiendo un servicio público audiovisual llamado legalmente a atender al pluralismo político, social y cultural y, en particular, a una oferta que cubra las posibles lagunas de las televisiones privadas, debería desaparecer todo condicionamiento a la programación, normativo o, aún más, en los pliegos de condiciones para las adjudicaciones de licencia, puesto que estos últimos se utilizan, en realidad, para otorgar un margen de discrecionalidad prácticamente

absoluta a los Gobiernos (o a las autoridades independientes del audiovisual, como en el modelo catalán, que no obstante no considera que aporten independencia real), que permite adjudicar las licencias a los grupos afines. De este modo, el profesor FERNÁNDEZ SALMERÓN apuesta por desterrar el mecanismo del concurso y sustituirlo por el de la subasta. Una vez adjudicadas las licencias, es partidario de la libertad de negocios jurídicos sobre las mismas.

Estas posiciones han sido defendidas recientemente en España por el profesor Gabriel DOMÉNECH («La adjudicación de las licencias en el mercado audiovisual», en A. BOIX PALOP y J. M. VIDAL BELTRÁN, *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades*, Aranzadi, 2014, págs. 99-118), al que sigue expresamente el profesor FERNÁNDEZ SALMERÓN, que se inspira también en el derecho de los Estados Unidos —al que presta especial atención en este trabajo— y, en cierta medida, en el británico, derechos ambos que apostaron por la subasta a raíz de la liberalización promovida por los gobiernos Reagan y Thatcher. Ahora bien, como advierte el propio autor, en ambos derechos la regla tiene importantísimas correcciones, precisamente para posibilitar que el precio ofertado no sea el único criterio y puedan tener acceso a las licencias también operadores no comerciales o nuevos operadores comerciales, e incluso, para que mediante un proceso participativo el público pueda manifestar su demanda y valorar la ejecutoria previa de los operadores. Además, como apunta el trabajo, en el resto de los derechos de los países de la Unión Europea, al igual que en el nuestro, la regla es el concurso. En este sentido, se echa en

falta en el trabajo una aproximación a algunos de estos ordenamientos de nuestro entorno jurídico y cultural, y a los mecanismos de predeterminación legal o de participación social en el establecimiento de necesidades y criterios de adjudicación para perseguir la objetividad en la adjudicación en ellos articulados.

No se trata aquí de detallar el contenido de este rico trabajo, a cuya lectura animamos al lector. Acaso podemos presentar sus ideas fuerza y algunas consideraciones que nos merecen.

— El trabajo parte de una valoración muy negativa del sistema actual: «El gran pretexto de la política audiovisual es 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 nuestro juicio, y como hemos tratado de resumir más arriba, efectivamente la unión de intereses políticos y económicos ha determinado la normativa sobre pluralismo y la adjudicación de licencias, si bien consideramos que la atribución a una autoridad verdaderamente independiente —elegida democráticamente por un procedimiento de previa selección curricular de candidatos— podría contribuir significativamente a atajar este estado de cosas.

— Atraviesa todo el trabajo un cuestionamiento, que explora un apunte del profesor G. DOMÉNECH, de la idea de que el espectro radioeléctrico asignado a la prestación de servicios audiovisuales sea realmente limitado, técnica y económicamente. Ahora bien, no nos parece suficientemente acreditado y todos los concursos estatales convocados hasta la fecha, en que ha habido más licitadores que adjudicatarios, parecen desmentirlo.

— Una crítica de profundidad al sistema de licencias arbitrado en la Ley es la falta de criterios detallados y priorizados para la adjudicación, que considera que deberían haber sido impuestos por la legislación básica y que conllevaría, incluso, una inconstitucionalidad por omisión legal en el establecimiento de criterios para la adjudicación. A nuestro juicio, sin embargo, resulta discutible que el Estado como legislador básico pudiera haber ido mucho más allá de lo establecido en el artículo 28 LGCA, que refiere como criterios a valorar en la adjudicación de licencias mediante concurso la experiencia de los concurrentes, su solvencia y los medios con que cuenten para la explotación de la licencia. Es opinable que una mayor concreción permitiera respetar las competencias autonómicas de desarrollo que permitan el diseño de una política audiovisual propia (compárense, por tomar los ejemplos citados por el profesor DOMÉNECH, y recogidos por el profesor FERNÁNDEZ SALMERÓN, los artículos 52 de la Ley 22/2005 de Cataluña, y 11 de la Ley 10/2007, de Castilla-La Mancha).

— El autor ataca, en particular, la utilización para la adjudicación de licencias de criterios como la expe-

riencia, acogido en la propia LGCA (que debería acaso ser un criterio previo de solvencia, como sostiene G. DOMÉNECH) o la programación ofertada. He aquí, creemos, una de las ideas básicas en el discurso del profesor FERNÁNDEZ SALMERÓN, que viene a sostener que no compete a los poderes públicos, incluidas las autoridades audiovisuales, imponer «tuteladamente» un modelo de televisión (generalista, culturizadora, formativa...) sino que la decisión debe dejarse a las preferencias del público, imponiendo solo obligaciones positivas (cuotas de pantalla y obligación de financiación de obra europea, medidas para posibilitar el acceso de las personas con discapacidad, retransmisión en abierto de acontecimientos de interés general) y negativas (protección de los menores, entre otras), como las en efecto previstas en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. A su juicio, la subasta estimula una programación «netamente orientada a una audiencia mayoritaria y, en consecuencia, en muy buena medida a la satisfacción de los intereses generales». La posición de partida me parece perfectamente defendible, máxime cuando precisamente la radiotelevisión privada convive con la pública, cuyas funciones de servicio público se manifiestan, precisamente, en garantizar la información, la formación o el entretenimiento de calidad. Ahora bien, lo que me parece que constituye un cierto salto lógico es el de sostener que el sistema de subasta es precisamente el que garantiza que los adjudicatarios hagan una televisión acorde a dichas preferencias. Es, tal vez, sencillamente, el que garantiza que el mejor postor obtiene la adjudicación (y en la pug-

na, primará el interés por buscar la mayor cuota de mercado y evitar la entrada de nuevos operadores).

— Otra idea fuerza es la de que el tránsito del servicio público al servicio de interés económico general debería haber tenido repercusiones prácticas, que la opción por el concurso y no por la subasta habría minimizado, si no eliminado. Considera, nos parece concluir, que pasar a una lógica de mercado debe conllevar una apuesta por la concepción de las licencias como un bien de mercado más, que se venden al mejor postor, que se patrimonializan con carácter indefinido en el tiempo, y con las que se puede libremente comerciar. A nuestro juicio, si se admite que el recurso es limitado y que en la comunicación social no está en juego un mero bien económico más, sino, como dijimos, un instrumento básico de la democracia, esta concepción puede ser cuestionada.

— Por destacar un último aspecto, el trabajo consagra su parte final a analizar las ventajas e inconvenientes del sistema de subasta respecto de otros métodos para el reparto de licencias en número limitado. El trabajo bebe aquí del análisis general que ha llevado a cabo entre nosotros L. ARROYO y del sectorial respecto a las licencias televisivas del profesor G. DOMÉNECH. Así, y tras haber criticado el concurso por las razones esbozadas, pone de manifiesto desventajas de otros métodos como, singularmente, del sorteo (que, teniendo como principal desventaja la mengua de los potenciales ingresos públicos que ofrece la subasta, tiene el mérito evidente, sin embargo, de no primar solo a quien puede invertir una cantidad mayor de dinero y, por ello, de posibilitar potencial-

mente una mayor apertura al ejercicio de la libertad de información y expresión por radiotelevisión de cualquiera). Entre las *ventajas* de la subasta, señala que abarata el proceso de selección y lo hace más rápido y más eficiente con decisiones más objetivas y transparentes. Considera que quien paga un precio de mercado por un recurso hará un uso más eficiente (lo que nos parece un apriorismo, que además quizás no tiene en cuenta que expulsar a posibles competidores de mercado es de por sí una opción que puede ser «eficiente» económicamente, pero no socialmente, o que pujar por una licencia puede ser también una apuesta especulativa cara a una transmisión o arrendamiento posterior si se prevé un aumento futuro de su «valor de mercado»). En un sistema de subasta, sostiene además, resulta coherente que se permita cualquier negocio jurídico posterior con las licencias y que las licencias sean indefinidas en el tiempo o automáticamente renovadas. Como puede comprobarse, un sistema tal podría impedir, en caso de no ampliarse la capacidad del espectro, la entrada de nuevos operadores, pero para el profesor FERNÁNDEZ SALMERÓN, la solución se halla en la posibilidad de adquirir o alquilar frecuencias a sus titulares. En nuestra opinión, es difícil pensar que grandes grupos mediáticos como Mediaset o Atresmedia que, como vimos, conforman prácticamente un oligopolio y se reparten el 90 % de la torta publicitaria estén dispuestos a vender a precios de mercado sus licencias (porque en realidad hay mecanismos de mercado, pero no mercado, por así decirlo, ya que casi todas las medidas normativas y ejecutivas, bajo el *lobby* de los operado-

res ya existentes, han ido encaminadas precisamente a imposibilitarlo). Entre las *desventajas* de la subasta, apunta al riesgo para el pluralismo. Pese a que como el mismo señala, incluso en los Estados Unidos existen mecanismos correctores para hacerla compatible con dosis de pluralismo (límite máximo al número y tipo de licencia por los que se puede pujar; preferencias a los solicitantes, reserva de espectro para los operadores no comerciales), parece contrario a su introducción («no se debe perder de vista que, en muy buena medida, este tipo de soluciones son incompatibles con la subasta»). Además, reconoce que esta forma de adjudicación no tiene en cuenta la satisfacción de ciertos intereses públicos a la que no aboca necesariamente la dinámica de mercado, pero sostiene que mediante la subasta se adjudica el uso de un recurso «a quien demuestra una mayor disposición a satisfacer un incuestionable interés público» (léase, a quien está dispuesto/puede pagar un precio mayor). De tal modo que «la subasta es pues en sí misma apta, frente por ejemplo al sorteo, para valorar la capacidad de los candidatos, dado que la puja expresa el grado de eficiencia con que el recurso será usado. Luego, desde este prisma, el concepto de la subasta como herramienta desligada del interés público no solo es inexacta sino manifiestamente errónea». Como decíamos, una afirmación que parece discutible.

En fin, como puede comprobarse, un trabajo analítico, crítico y propositivo, se esté o no de acuerdo con el análisis, la crítica y la propuesta del profesor M. FERNÁNDEZ SALMERÓN. En nuestra opinión, cabría preguntarse si, más que entregar las licen-

cias al mejor postor, no convendría seguir apostando por el modelo de licencia con mayor predeterminación normativa de los criterios de adjudicación, concretados en los pliegos elaborados con la participación ciudadana para definir las necesidades de oferta a cubrir y encargando la adjudicación a autoridades verdaderamente independientes con expertos de elección parlamentaria tras una fase de presentación de candidaturas y valoración pública de *curricula*. En todo caso, no cabe duda de que merece la pena adentrarse en el trabajo recensionado y juzgar por uno mismo.

Emilio GUICHOT  
Universidad de Sevilla

FUERTES, Mercedes: *Combatir la corrupción y legislar en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 110 págs.

Los casos de corrupción gozan de mejor prensa que las medidas que se adoptan para combatirlos. Si esto es así en todos los países, en el ámbito de la Unión Europea el citado fenómeno se agrava por la delectación euroescéptica con la que se ataca a una Administración que lamentablemente continúa percibiéndose como un poder ajeno, anónimo y poco transparente. De ahí la importancia de análisis rigurosos que expliquen los mecanismos organizativos y jurídicos que la Unión Europea está implantando para garantizar un uso correcto de los fondos del presupuesto europeo. Es el caso del re-

ciente libro de la profesora FUERTES, que al mérito de abordar de forma crítica —pero constructiva— esta problemática, añade el valor de hacerlo formalmente con un estilo ágil y con un lenguaje elegante (lo cual es digno de mención en el generalmente árido panorama de nuestra literatura jurídica).

Ya en su título, el libro se articula en dos ejes temáticos cuya interconexión no resulta evidente sin una lectura completa de su contenido: «combatir la corrupción», por un lado, y «legislar en la Unión Europea», por otro. Ambas cuestiones se concretan, respectivamente, en un órgano administrativo especializado (la Oficina de Lucha contra el Fraude: OLAF) y en uno de los principios básicos que informan el ejercicio de las competencias de la Unión Europea (el principio de subsidiariedad).

La OLAF constituye un «microescenario» privilegiado de la creciente necesidad de dotar a la Administración europea de un régimen jurídico consistente, que equilibre la eficacia de sus actuaciones con un marco legal que preserve los derechos fundamentales de las personas afectadas por la actuación de aquella Administración.

Después de exponer los orígenes y el desarrollo de la OLAF, como respuesta orgánica a la preocupación europea por el correcto uso de sus fondos, el libro aborda, en mi opinión, las dos cuestiones más polémicas de este órgano: en primer lugar, su problemática ubicación funcional y organizativa en la Unión Europea y, en segundo lugar, la precariedad del régimen jurídico de su actividad.

La tensión de la ubicación funcional y organizativa de la OLAF se manifiesta no solo en el seno de la