



explotaci3n audiovisual. Esta referencia se ha cruzado, en general, en todos los pa3ses europeos con el establecimiento de l3mites a las formas de explotaci3n por raz3n del contenido informativo de algunas de estas formas de explotaci3n (especialmente las denominadas de cerrado) que pueden condicionar el acceso a la informaci3n que precisa la sociedad.

Se establece as3 una l3nea compleja entre lo informativo y lo que no lo es que ha inspirado algunas de las regulaciones de los a3os precedentes para intentar acotar esta cuesti3n y encontrar una delimitaci3n precisa. En los apartados que siguen se analiza esta cuesti3n en las sucesivas normas que han ido regulando esta materia.

Es cierto que el panorama se hab3a ido estabilizando en los 3ltimos tiempos y que podr3amos indicar que se hab3a llegado a un cierto acuerdo en relaci3n con la comunicaci3n y la explotaci3n de los contenidos audiovisuales despu3s de una larga lucha al hilo de la introducci3n de nuevas formas de comunicaci3n audiovisual.

En este panorama tercia un nuevo conflicto que hemos convenido en denominar el "conflicto de las radios". El resumen inicial que identifica el mismo no es otro que el del intento de hacer efectivo en la presente temporada los derechos de retransmisi3n radiof3nica que los clubes de f3tbol hab3an dispuesto a favor de una entidad mercantil que, a su vez, durante la temporada 2011-2012 decide su comercializaci3n con la ayuda o a trav3s de la liga de f3tbol.

Los medios de radiodifusi3n no aceptan la comercializaci3n propuesta y entienden que los programas que realizan son parte de un contenido informativo y que, por tanto, su ejercicio ni puede ser limitado ni sujeto a una compensaci3n econ3mica. A partir de aqu3 se produce una larga batalla jur3dica que, finalmente, parece haber concluido con la publicaci3n del Real Decreto-Ley 5/2012, de 20 de abril de modificaci3n del r3gimen de administraci3n de la Corporaci3n RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio que, pese a su t3tulo, constituye una modificaci3n parcial de la LGCA que regulaba la materia.

El presente trabajo trata, precisamente, de responder a la pregunta inicial ¿puede considerarse zanjado el conflicto en el momento actual con la publicaci3n del Real Decreto Ley 5/2012?

## 2.- Precedente inmediato

La primera norma que trat3 de regular esta cuesti3n fue la Ley 21/1997, de 3 de julio de Emisiones y Retransmisiones de competiciones y Acontecimientos deportivos.







#### **4.- La disposición de los titulares de derechos posterior a 2010.**

En el marco prefigurado por la Ley de 2010 se produjo una disposición por parte de los titulares de los derechos – esto es los clubes o SAD - a un operador de derechos audiovisuales para que procediera a la explotación de los mismos. Como consecuencia de esta disposición se firmaron una serie de contratos suscritos con el operador que, en función de lo dicho anteriormente, se sitúan en el plano de libertad más absoluta que es el marco establecido por la norma reguladora.

Como consecuencia de lo anterior se produce una fuerte controversia social, política y jurídica derivada de la confluencia en un mismo ámbito de perspectivas de diversa índole que van desde los aspectos más sentimentales y de tradición de la familia española muy ligada a los programas de radio y, muy a menudo, a utilizar la misma como anteojos con la que ver los acontecimientos de la vida pública a la vez que el instrumento único de entretenimiento durante muchos años hasta que el conjunto de la población pudo acceder a la televisión. Este factor anímico no impide, sin embargo un análisis centrado en la naturaleza de las cosas y, como hemos visto, la comunicación radiofónica es un servicio de comunicación audiovisual que, desde 2010, era de libre disposición y ordenación porque el legislador quiso que así fuera derogando algunas de las referencias más claras que configuraban este derecho como limitado en su disposición y explotación.

Los clubes y SAD decidieron en la temporada 2011-2012 proceder a la explotación de los derechos que habían cedido contractualmente a un operador de contenidos audiovisuales. Para ello tratan de exigir una contraprestación referida únicamente a la retransmisión de los acontecimientos deportivos y sin afectar a la información sobre los mismos.

Los operadores de radio mantienen, por su parte, que esta decisión de explotación conculca el derecho a la información e inician una serie de actuaciones judiciales – amparadas en el derecho a la información- para conseguir el libre acceso a los estadios y, sobre todo, el reconocimiento del derecho a la libertad de retransmisión de los acontecimientos.

Es evidente que a estas alturas no se tienen pronunciamientos judiciales definitivos pero es cierto, sin embargo, que en vía de medidas cautelares los jueces del orden civil han establecido algunas referencias ciertamente clarificadoras en la interpretación de las líneas centrales del precepto:

- A) Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid de 26 de enero de 2012

En este Auto se indica que <<...pero es que, además, tampoco puede considerarse vulnerado, en los términos cautelares analizado, el derecho







para la retransmisi3n en directo deportivos a trav3s de la radiodifusi3n sonora, no se ha logrado llegar a un acuerdo que ponga fin al mismo, lo que est3 impidiendo ejercitar un derecho fundamental. Por este motivo, se hace imprescindible reconocer expresamente el derecho de acceso a los prestadores del servicio de comunicaci3n audiovisual radiof3nica estableciendo un mecanismo para el ejercicio del mismo con el fin de que puedan comunicar libremente informaci3n...>>.

## 5.2.- La regulaci3n, en concreto.

Es el art3culo 2º del Real decreto-Ley el que contiene una modificaci3n de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicaci3n Audiovisual en la que señaala que:

<<...El actual apartado 4 del art3culo 19 pasa a ser el 5, y el apartado 4 queda redactado del siguiente modo:

«4. Los prestadores de servicios de comunicaci3n audiovisual radiof3nica dispondr3n de libre acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, a cambio de una compensaci3n econ3mica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho.

La cuant3a de la compensaci3n econ3mica ser3 fijada mediante acuerdo de las partes. En caso de discrepancia sobre dicha cuant3a, corresponder3 a la Comisi3n del Mercado de las Telecomunicaciones resolver el conflicto mediante resoluci3n vinculante, a solicitud de alguna de las partes y previa audiencia de las mismas.»

El contenido de la disposici3n es ciertamente claro en dos cosas: - reconoce el derecho de acceso a los estadios de los prestadores de servicios de comunicaci3n audiovisual radiof3nica; y, segundo, la inclusi3n directa de la retransmisi3n en directo de los acontecimientos deportivos como parte del derecho a la informaci3n.

El reconocimiento de este derecho se realiza "a cambio" – sin que sea 3sta, desde luego, una expresi3n ciertamente acertada- de una compensaci3n que el legislador de urgencia considera cifrada en los costes generados por el ejercicio del derecho.

La norma no contiene precepto ni determinaci3n alguna en relaci3n con los contratos preexistentes.

Como consecuencia de lo anterior el art3culo 58 de la LGCA establece entre las infracciones graves las siguientes:





Desde esta perspectiva queda claro que para el constituyen la esfera del título Primero quedaba al margen de la utilización del decreto-ley.

Es cierto, sin embargo, que la STC 111/1983, de 2 de diciembre matizó tempranamente la referencia al título Primero de la CE en el siguiente sentido <<...Se ha señalado -y este es el otro de los motivos de impugnación con proyección directa sobre el Decreto-ley- que el Decreto-ley no es figura constitucionalmente válida para afectar al derecho de propiedad, porque este derecho tiene reconocimiento en el artículo 33, que forma parte del título I de la Constitución, dentro de una sección que lleva como rúbrica la «de los derechos y deberes de los ciudadanos».

Una interpretación del artículo 86.1 que lleve en este punto a una restricción de lo que dice su letra, para reducir el ámbito de la limitación de modo que se hagan coincidir las menciones referentes a los derechos y libertades con la materia reservada a la Ley Orgánica, tal como define el artículo 81.1, con trascendencia también para la legislación delegada, aunque implica un esfuerzo hermenéutico que no deja de contar con algunos apoyos, no es conciliable con una interpretación vinculada a unos cánones atentos no sólo al propio sentido literal del precepto, sino, además, a un análisis comparativo con los otros artículos (los artículos 81 y 82) y a lo expuesto en nuestra sentencia de 4 de febrero de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo), en la que, a propósito del artículo 31 de la CE, situado en la misma sección que el artículo 33 ahora invocado, el criterio adoptado no fue el de la coextensión de los artículos 81.1 y 86.1 de la CE.

Por otra parte, la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el 86.1 de la CE se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible «ad absurdum», tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el Tribunal en su sentencia de 4 de febrero de 1983 (fundamento jurídico sexto) («Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo). Entre una y otra líneas interpretativas ambas, por extremas, rechazables, la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la CE («no podrán afectar ...») debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, «del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (fundamento 5, sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regula el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I, ni dé pie para que por Decreto-ley, se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos.









Es cierto que este criterio hace surgir una nueva cuesti3n sobre cual es el de la valoraci3n de los costes. Se trata, qu3 duda cabe, de un terreno resbaladizo porque, desde luego, incluye los costes directos vinculados al ejercicio de la actividad pero es cierto que habr3 que pensar en una repercusi3n alcuota de los indirectos (por ejemplo la seguridad) porque son 3stos los que permiten que la actividad se desarrolle en condiciones que permitan el ejercicio en condiciones id3neas.

El precepto a3ade, adicionalmente, que <<...La cuant3a de la compensaci3n econ3mica ser3 fijada mediante acuerdo de las partes. En caso de discrepancia sobre dicha cuant3a, corresponder3 a la Comisi3n del Mercado de las Telecomunicaciones resolver el conflicto mediante resoluci3n vinculante, a solicitud de alguna de las partes y previa audiencia de las mismas...>>.

La introducci3n del DLey de competencias en materia la Comisi3n del Mercado de las Telecomunicaciones tampoco se ha hecho con la precisi3n suficiente ya que frente a otras atribuciones competenciales previstas en el art3culo 48 de la LG Telecomunicaciones de 2003 aqu3 no se determina el r3gimen de intervenci3n de dicha Comisi3n que, pr3ximamente, ser3 adem3s sustituida en sus funciones por la Comisi3n de la Competencia cuando se apruebe el Anteproyecto.

En este sentido, el art3culo 48 del LGT establece, por ejemplo, en el apartado 4.a) que corresponde a la citada Comisi3n <<...Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electr3nicas, as3 como en aquellos otros casos que puedan establecerse por v3a reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.

El ejercicio de esta funci3n arbitral no tendr3 car3cter p3blico. El procedimiento arbitral se establecer3 mediante Real Decreto y se ajustar3 a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicci3n e igualdad, y ser3 indisponible para las partes....>>.

Frente a esto el apartado d) se refiere a <<...La resoluci3n vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexi3n de redes, en los t3rminos que se establecen en el t3tulo II de esta Ley, as3 como en materias relacionadas con las gu3as telef3nicas, la financiaci3n del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercer3 las restantes competencias que en materia de interconexi3n se le atribuyen en esta Ley....>>

Este 3ltimo precepto encuentra su regulaci3n esencial en el art3culo 14 cuando se3ala que <<...1. De los conflictos en materia de obligaciones de interconexi3n y acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo conocer3 la Comisi3n del Mercado de las Telecomunicaciones. 3sta, previa audiencia de las partes, dictar3 resoluci3n vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo m3ximo de cuatro meses a partir del

momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva...>>.

Fácilmente puede verse que en la función de mediación – en sentido amplio- reviste una doble consideración ya que, por un lado, es una función de derecho privado con la incorporación de un arbitraje institucional que se centra en la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y, por otro, es una función que aunque afecta a terceros puede situarse en el plano del ejercicio de la función de policía que concluye con indicaciones obligatorias para los operadores.

Así, lo señala Vida Fernández cuando indica, en referencia a la función arbitral que << el laudo arbitral emanado por la CMT tiene la eficacia prevista para el arbitraje privado, lo que implica que su régimen de revisión, anulación y ejecución forzosa se somete al orden jurisdiccional civil y no al orden jurisdiccional contencioso-administrativo como en los demás casos en que la CMT ejerce funciones públicas...>><sup>3</sup>.

Desde esta consideración cabría haber reclamado del legislador de urgencia una mayor precisión en relación con el régimen jurídico de esta fijación vinculante de los costes que operan como determinantes de la compensación que debe pagar el operador a cambio del ejercicio del derecho al acceso a los estadios que permite el ejercicio de su derecho a la información. A falta de esta precisión y siendo el arbitraje esencialmente voluntario, su imposición obligatoria debe administrarse con prudencia y, por tanto, lo razonable es entender que se trata de una atribución competencial en las mismas condiciones que el resto de competencias con igual denominación. Siendo esto así podríamos indicar que se trata de una actuación en el marco del derecho público y que el acto que, finalmente, se dicte será un acto administrativo.

## **8.- Condiciones de comercialización**

### **8.1.- La cuestión previa: ¿se trata de una actividad materialmente informativa?**

La consideración de la retransmisión en directo como parte del derecho de la información nos ubica, probablemente, en un marco que la LGCA denomina como programas de contenido informativo por oposición, claro está, a los de entretenimiento que conforman la oferta del correspondiente medio de comunicación audiovisual.

---

<sup>3</sup> Vida Fernández. Comentario al artículo 48 de los Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. García de Enterría.E y De la Quadra Salcedo (Coord). Madrid. 2004. Pág. 815

Esta consideración tiene una primera consecuencia prevista en el artículo 16 de la Ley cuando señala que <<.... Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los programas de contenido informativo de actualidad...>>. Es claro, por tanto, que la información no puede ser objeto de patrocinio.

Con carácter instrumental deben incluirse, adicionalmente, dos elementos más que se encuentran en la misma norma:

- El artículo 4º.6 de la LGCA cuando señala que <<... 6. Todas las personas tienen el derecho a ser informados de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión....>>
- el Art. 6.5 de la LGCA cuando señala que <<...5. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente....>>.

La simple enunciación de los principios que inspiran la presentación pública de la información incita claramente a la reflexión sobre la presentación de los contenidos informativos que han resultado incluidos en el nuevo marco de las retransmisiones deportivas y si los programas que habitualmente conocemos cumplen con las precisiones a las que nos acabamos de referir.

## **8.2.- Las condiciones de comercialización.**

En los apartados anteriores hemos situado la opción del legislador en el marco claro de la libertad de información. El valor que en una sociedad libre tiene esta libertad es resumido por la SAN de 23 de mayo de 2011 cuando señala que <<... Por ello ninguna duda cabe a juicio de la Sala de que en esa dinámica ponderativa que la jurisprudencia constitucional impone ha de ser colocada, en primer término, aquella libertad de expresión, con el especial alcance, además, que tal libertad adquiere en el caso de empresas prestadoras de servicios de comunicación audiovisual. En este último sentido (y anticipando ya algunas consideraciones sustanciales sobre las que de inmediato se regresará) el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 165/1987 , 76/1995 y 176/1995 ) ha declarado que la protección constitucional de la libertad de expresión alcanza un máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción ( STC 165/1987 ), donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad ha sido calificada también como «función constitucional» ( STC 76/1995 ) por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia.



- c. La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados.
  - d. La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.
  - e. La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.
4. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para el medio ambiente.
5. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la seguridad de las personas.
6. Está prohibida la comunicación comercial televisiva de naturaleza política, salvo en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

7. La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad...>>

El precepto reconduce el concepto al de publicidad ilícita que se contiene, a su vez, en la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de la Publicidad. Dentro de la misma es el artículo 3º el que se refiere al concepto sobre la base de indicar, entre otras cosas, que la publicidad ilícita se refiere a <<...d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal....>>

Pues bien las condiciones de comercialización de los programas a los que ahora se ha dado acceso directo pasa, claramente, por alguna publicidad que de pasado ha tenido problemas y de futuro los tendrá todos. Nos referimos, claro está, a la publicidad del juego.

En este punto debe recordarse la prescripción contenida en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. En concreto, el artículo 7 de la misma establece que <<... 1.. De conformidad con la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, queda prohibida la publicidad, patrocinio o promoción, bajo cualquier forma, de los juegos de suerte, envite o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego, cuando se carezca de la correspondiente autorización para la realización de publicidad contenida en el título habilitante.

El operador de juego deberá contar con el correspondiente título habilitante en el que se le autorice para el desarrollo de actividades de juego a través de programas emitidos en medios audiovisuales o publicados en medios de comunicación o páginas web, incluidas aquellas actividades de juego en las que el medio para acceder a un premio consista en la utilización de servicios de tarificación adicional prestados a través de llamadas telefónicas o basadas en el envío de mensajes....>>

Este régimen ha resultado afectado, de presente, por la Disposición Transitoria novena de la Ley del Juego cuando señala que <<... Los patrocinios deportivos de operadores de juegos y contratos de publicidad y promoción del juego que hubieran sido acordados en firme con anterioridad al 1 de enero de 2011, podrán seguir desplegando sus efectos en los términos contractuales pactados, hasta la publicación de la resolución del primer procedimiento para el otorgamiento de licencias al que se refiere el artículo 10 de esta Ley o hasta el 1 de enero de 2012, si la citada resolución no se hubiera publicado con anterioridad a esa fecha....>>. Esta disposición fue modificada por la Modificada por disp. final 7.2 de Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre RCL\2011\2553 que prorroga dicho plazo hasta el 30 de junio de 2012.

Desde esta perspectiva podríamos indicar que, al margen de si los contratos de las empresas de apuestas pueden o no considerarse en firme como señala la Ley y, admitiendo que lo sean, es claro que, desde el 30 de junio, la publicidad y el patrocinio, en su caso, de las empresas de juego deberían referirse únicamente a aquellas que ostenten títulos habilitantes cosa que en la actualidad está ciertamente en entredicho aunque razonablemente habrá que esperar a que se otorguen los títulos habilitantes que determinen la línea entre lo admisible y lo que no lo es.

Como conclusión de lo que se acaba de exponer podríamos indicar que la configuración de la retransmisión en el marco de la actividad informativa y "colgada del artículo 20 de la CE debe producir de forma inmediata una transformación del modelo de programas que han reclamado la inclusión de su actividad dentro del ámbito informativo de forma que los programas no sean patrocinados, presenten claramente diferenciada la opinión de la información, a la diferenciación de la información y los mensajes comerciales y, finalmente, a la no inserción de mensajes publicitarios que se refieran a operadores de juego no habilitados para el ejercicio de la actividad en España. Sin duda un panorama muy diferente al que conforma en panorama actual pero que es directa consecuencia de su conformación

en el marco de las actividades informativas que la LGCA – ahora modificada- ha introducido.<sup>4</sup>

## **9- De los problemas, el primero: los contratos existentes y que resultan vaciados en su contenido por la norma de urgencia.**

A lo largo de los apartados anteriores se han indicado algunos de los problemas interpretativos-operativos que ha producido la norma de urgencia. Sin embargo, la cuesti3n central es c3mo dicha norma opera sobre la realidad jur3dica subyacente y, en concreto, sobre los contratos celebrados.

Sobre este punto debe indicarse que en los primeros apartados de este trabajo hemos intentado demostrar que ha sido el legislador de 2010 el que ha permite la comercializaci3n de los derechos de retransmisi3n radiof3nica

---

<sup>4</sup> La STAN de 17 de febrero de 2011 se refiere a esta cuesti3n indicando que <<... La aplicaci3n de lo previsto en la Ley 7/2010 ( RCL 2010, 957) permite concretar los siguientes requisitos para la emisi3n de publicidad en formas distintas de anuncios:

- Deben estar claramente diferenciados de los programas.
- No pueden confundir al espectador sobre el car3cter publicitario (pues, en ese caso debe superponerse la transparencia con la indicaci3n de publicidad).
- Se debe respetar la integridad del programa en que se inserta.

Aplicando dichos criterios al caso objeto del presente pleito, y tras el visionado del soporte en el que se incluyen las inserciones publicitarias por las que se sanciona a la entidad recurrente, puede concluirse, en relaci3n a este concreto supuesto, que las inserciones publicitarias descritas ten3an un contenido tan claramente publicitario que no pueden causar ninguna duda al espectador de que se trataba de inserciones de car3cter publicitario. No es posible, pues, hablar de publicidad encubierta.

Adem3s, no puede desligarse el visionado de las inserciones publicitarias de la naturaleza y clase del programa en el que se emitieron: se trata de un programa sin gui3n previo en el que no se interrumpe una programaci3n previamente preparada sino, simplemente, se hace simult3neo el contenido publicitarios con el visionado de la convivencia de determinadas personas.

Obviamente, esta forma de publicidad ser3 claramente inadecuada en otra clase de programas en los que s3 alterar3 gravemente la integridad del mismo pues la duraci3n de la publicidad, la aparici3n de r3tulos sucesivos y las transformaciones producidas en la pantalla distorsionar3n otra clase de programas 3 emisiones.

Por todo ello, a juicio de esta Sala, las inserciones publicitarias a las que se refiere la resoluci3n recurrida se encuentran ajustadas a las exigencias de los art3culos 14 y 15 de la Ley 7/2010 por lo que deber3 dejarse sin efecto la sanci3n impuesta, sin que este criterio pueda interpretarse como una autorizaci3n general de esta forma de publicidad en los programas de televisi3n...>>

al eliminar cualquier referencia limitativa en la conformación del derecho de disposición sobre un activo que – como las propias normas reconocen- pertenece a sus titulares a los que, incluso, en algún momento se les ha permitido el ejercicio del derecho de autorización.

Sea como fuere es claro que las disposiciones contractuales sobre el derecho de retransmisión – como diferente al derecho de acceso a la información- y vinculado a la utilización de un acontecimiento para cubrir una programación que se han hecho han resultado ahora, claramente, afectadas porque aquello que válidamente se podía comercializar ha resultado ahora de utilización libre para todos los operadores de radio.

Frente a lo que había sido habitual en la normativa analizada anteriormente, el Dley no se pronuncia sobre la afección de derechos causada. Simplemente el legislador ha actuado como si realmente estuviera estableciendo para el futuro una determinación sobre la ordenación de relaciones jurídicas que no tenían historia. Frente a esto hay que señalar que había historia y que la misma se había plasmado en una serie de contratos de disposición que han resultado ahora afectados sin que, como queda dicho, se produzca ni se mencione la existencia de compensación alguna.

A partir de ahí se reabre la vieja polémica sobre la responsabilidad del Estado legislador teniendo en cuenta se trata de una regulación que claramente afecta al ámbito patrimonial de los titulares de unos derechos que han sido afectados en su comercialización.

Como es sabido el legislador trató en la reforma de 1999 de limitar la posibilidad de la utilización del mecanismo de la responsabilidad patrimonial en relación con los actos legislativos como consecuencia de la polémica que se había planteado en aquellos años en relación con las normas – especialmente en el ámbito funcional- que limitaban de futuro el ejercicio de derechos preexistentes. Esto llevó a establecer un nuevo apartado en el artículo 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común según el cual <<...3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos...>>

Como se ha dicho, en el supuesto analizado el acto legislativo no se pronuncia sobre la existencia de indemnización alguna lo que no puede excluir la aplicación del precepto ya que, en el ámbito de lo que estamos analizando, es claro que el acto legislativo es materialmente un acto expropiatorio puesto que incide en el ámbito de la libre disposición de los particulares y cercena el derecho dispuesto por razones de intereses general y para asegurar el ejercicio del derecho fundamental. La incidencia del interés general y la falta de previsión sobre la existencia de un mecanismo

indemnizatorio es dudosamente compatible con la previsi3n contenida en el art3culo 33 de la CE y en el propio art3culo 138 de LRJAP.

En todo caso el frontispicio de este derecho indemnizatorio deriva del propio art3culo 9.3. de la CE expresamente garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Como venimos afirmando cabe indicar que, hasta el momento, las nuevas regulaciones que conten3an afecciones a derechos ya dispuesto se hab3an hecho con respeto de los mismos o como m3ximo con limitaci3n del tiempo de su ejercicio. As3 se hizo, por ejemplo, en la Disposici3n Transitoria Duod3cima de la LGCA cuando se3ala que <<...Los contratos de adquisici3n de los derechos de las competiciones futbol3sticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguir3n siendo v3lidos hasta su finalizaci3n, siempre y cuando esta finalizaci3n tenga lugar en el plazo de 4 a3os desde la entrada en vigor. En caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 a3os desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirar3n forzosamente....>>.

Una disposici3n como la expuesta incide en la modulaci3n del derecho en el futuro pero no incide en las relaciones jur3dicas preexistentes que respeta por un periodo razonable que, en este caso, coincide con el que las autoridades de la competencia hab3an fijado como determinante del umbral m3ximo de las ventas en exclusiva de este tipo de derechos.

Madrid, mayo de 2012.

© **Alberto PALOMAR OLMEDA (Autor)**

© **Iusport (Editor). 2012**

[www.iusport.es](http://www.iusport.es)