

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

**EXCLUSIVA SOBRE CONTENIDOS AUDIVISUALES,
ACONTECIMIENTOS DE INTERÉS GENERAL E INCERTIDUMBRE
DERIVADA DE LA FALTA DE CONSTITUCIÓN DEL CONSEJO ESTATAL
DE MEDIOS AUDIOVISUALES**

Ana Isabel Mendoza Losana

*Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*

¿Es obligatoria la emisión en abierto de un partido semanal de la Liga de Fútbol Profesional de primera división? ¿Qué autoridad determina los acontecimientos de interés general que han de ser emitidos en abierto? Este documento responde a estas y otras cuestiones relativas a los derechos de exclusiva sobre los contenidos audiovisuales en una situación de incertidumbre derivada de la falta de constitución del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

El Título II de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (Ley Audiovisual) (BOE núm. 79, 1 abril 2010) dedica tres de sus artículos (19 a 21) a la regulación de los derechos sobre contenidos en régimen de exclusiva. Pretende proteger el derecho a la información de todos los ciudadanos como derecho prioritario, por lo que se fijan límites a la exclusividad en función de criterios de interés general, que aseguran la emisión en abierto de una serie de acontecimientos relacionados fundamentalmente con eventos deportivos de gran audiencia y valor.

1. Obligación de ceder programación

En aras de preservar el pluralismo informativo y visual, se impone a ciertos prestadores

de servicios la obligación de ceder su programación a terceros. Así, la Corporación de Radio y Televisión Española garantizará la cesión de sus canales de radio y televisión a los prestadores de los servicios de difusión de televisión por cable, por satélite y por

Internet. Lo llamativo es que esta cesión ha de realizarse "sin contraprestación económica entre las partes" (art. 31.3). No obstante, se ha de recordar que los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas están obligados a contribuir a la financiación de la Corporación mediante el pago de una controvertida tasa (art. 5 Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, desarrollada por el RD 1004/2010,

de 5 de agosto, BOE núm. 190, 6 agosto 2010)¹.

También los licenciatarios de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal han de ceder sus "canales principales de televisión en abierto" con la contraprestación acordada entre las partes.

2. Derechos de exclusiva sobre acontecimientos de interés general

Aunque se reconoce expresamente el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a contratar servicios de comunicación audiovisual para su emisión exclusiva en abierto o codificado (art. 19.1), se condiciona su ejercicio de tal modo que no "prive a una parte sustancial del público residente en otro Estado miembro de la posibilidad de seguir acontecimientos calificados de interés general para la sociedad" (art. 19.2).

2.1. Emisiones en abierto

En función de cuál sea el régimen de contratación y emisión de estos contenidos, se imponen distintas obligaciones a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. Caben las siguientes alternativas:

a) Acontecimientos contratados para su emisión en exclusiva por un

prestador del servicio de comunicación audiovisual que emite toda su programación codificada. El prestador podrá elegir entre emitir en directo y en abierto el acontecimiento o venderlo a otro prestador para su emisión en abierto y al precio fijado mediante subasta entre los prestadores interesados. En caso de que no reciba ninguna oferta, el titular de los derechos de emisión en exclusiva está obligado a emitir el acontecimiento en abierto, sea en directo o en diferido (art. 20.2);

b) Acontecimientos contratados para su emisión en exclusiva por un prestador del servicio de comunicación audiovisual que emite en abierto en un ámbito de cobertura inferior al estatal. El titular conservará el derecho de emisión en exclusiva para su ámbito de cobertura pero habrá de vender a un prestador de cobertura estatal o a una serie de prestadores que cubran todo el territorio, la emisión en abierto y directo para el resto del territorio estatal, a un precio fijado mediante subasta entre los interesados. En caso de que no existan ofertas conservará su derecho a emitir en exclusiva en su ámbito de cobertura (art. 20.3).

¹ La propia Comisión Europea por Decisión de 30 de septiembre de 2010 (IP/10/1211) consideró que la tasa a los operadores de telecomunicaciones es incompatible con las Directivas comunitarias y en particular, con el artículo 12 de la Directiva de autorizaciones (2002/20/CE) y por ello emplazó a las autoridades españolas (y francesas) a suprimir estos "impuestos sobre las telecomunicaciones". Sin embargo, en tanto, no haya un pronunciamiento normativo que suprima o modifique el régimen de esta aportación, sigue siendo exigible. Así lo declara la Resolución de la CMT, de 17 de mayo de 2012, que resuelve un recurso interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la liquidación de las aportaciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes a los pagos a cuenta del mes de julio de 2011 (AJ 2012/757).

Sobre esta polémica contribución a la financiación de la televisión pública v. el documento: MENDOZA LOSANA, A.I., "¿Están o no los operadores de telecomunicaciones obligados a financiar la televisión pública?", **Noticias Breves Gomez-Acebo & Pombo**, http://www.gomezacebo-pombo.com/docs/PUB_515_doc.pdf.

c) *Acontecimientos no contratados para su comunicación audiovisual televisiva*. El titular de los derechos deberá vender el derecho de emisión en abierto y directo con cobertura estatal a un precio fijado mediante subasta entre los interesados (art. 20.4).

2.2. Competiciones futbolísticas españolas. Algunos pronunciamientos de la Comisión Nacional de la Competencia

En particular y a pesar de proclamar la libertad de empresa en el marco de la normativa de la competencia (art. 21.1), la ley audiovisual regula algunas cuestiones relevantes sobre la compraventa de derechos audiovisuales exclusivos sobre las competiciones futbolísticas españolas. Estos contratos no podrán durar más de 4 años, sin perjuicio del mantenimiento hasta su finalización de los contratos vigentes a la entrada en vigor de la Ley (art. 21.2), siempre que no se prolonguen más de cuatro años (DT 12ª). Hasta la aprobación del catálogo de acontecimientos de interés general por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, el régimen de emisión de partidos de fútbol será el estipulado en la DT 6ª.

Algunos pronunciamientos de la CNC

La Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 14 de abril de 2010, declaró prohibidos y nulos los contratos en vigor suscritos entre los operadores de televisión y los clubes de fútbol para la emisión de partidos que tengan una vigencia superior a tres años a partir de la temporada 2012/2013, por considerarlos contrarios al Derecho de la

Competencia. Además, impuso multas a Sogecable, Mediapro, Audiovisual Sport (AVS) y a TV Cataluña por el acuerdo alcanzado en julio de 2006 sobre la compra de derechos para emitir partidos, al entender que se trató de un acuerdo anticompetitivo.

El 3 de mayo de 2012, la CNC ha incoando un expediente sancionador contra Mediapro y los clubes de fútbol FC Barcelona, Sevilla y Racing de Santander (SNC/0021/12) por haber firmado contratos de compraventa de los derechos audiovisuales de sus encuentros superiores a los tres años, vulnerando así la Resolución de 14 de abril de 2010. Mediapro ha manifestado su intención de presentar recurso contencioso-administrativo, por considerar prevalente la ley audiovisual sobre las resoluciones de la CNC.

2.3. Resúmenes informativos

Para garantizar el derecho a la información se obliga a los prestadores de servicios audiovisuales que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general a permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias (art. 19.3). Este servicio se utilizará únicamente para programas de información general y sólo podrá utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido.

Sin perjuicio de la remuneración de los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo, no habrá derecho a contraprestación alguna cuando el resumen informativo sobre el acontecimiento, conjunto

unitario de acontecimientos o competición deportiva se emita en un informativo, en diferido y con una duración inferior a tres minutos (art. 19.3).

A efectos de la elaboración de los resúmenes, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual pueden acceder, en la zona autorizada, a los espacios en los que se celebre tal acontecimiento (art. 19.3). En otros términos, los responsables de las instalaciones deben permitir el acceso a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. En el supuesto de que el organizador del evento no esté establecido en España, la obligación de acceso recaerá sobre el titular de los derechos exclusivos que asuma la retransmisión en directo (art. 19.5).

2.4. Potestad para excluir la emisión codificada de acontecimientos de interés general para la sociedad

Corresponde al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales la determinación bienal del catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad que deben ser emitidos en abierto y con cobertura estatal dentro del listado establecido por la ley o excepcionalmente, otros no previstos en el elenco legal (cfr. art. 20.1²). Determinará también los acontecimientos que deben ser transmitidos total o parcialmente en abierto o en diferido (art. 20.1). El catálogo y las medidas para su ejecución han de ser notificados a la Comisión Europea.

Según la ley audiovisual, hasta la efectiva constitución del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales sus funciones serán ejercidas por "el órgano administrativo competente" (DT 7^a). La pregunta surge de forma inmediata: ¿quién es este "órgano administrativo competente" para determinar

-
- 2 Los acontecimientos de interés general para la sociedad que pueden incluirse en el citado catálogo habrán de escogerse del siguiente elenco:
- a) Los juegos olímpicos de invierno y de verano.
 - b) Los partidos oficiales de la selección española absoluta de fútbol y de baloncesto.
 - c) Las semifinales y la final de la Eurocopa de fútbol y del Mundial de fútbol.
 - d) La final de la Champions League de fútbol y de la Copa del Rey de fútbol.
 - e) Un partido por jornada de la Liga Profesional de Fútbol de la Primera División, designado por ésta con una antelación mínima de 10 días.
 - f) Grandes Premios de automovilismo que se celebren en España.
 - g) Grandes Premios de motociclismo que se celebren en España.
 - h) Participación de la Selección Española Absoluta en los Campeonatos de Europa y del Mundo de balonmano.
 - i) La Vuelta Ciclista a España.
 - j) El Campeonato del Mundo de ciclismo.
 - k) La participación española en la Copa Davis de tenis.
 - l) La participación de tenistas españoles en las semifinales y la final de Roland Garros.
 - m) Participación española en los Campeonatos del Mundo y Europa de atletismo y natación.
 - n) Grandes premios o competiciones nacionales e internacionales que se celebren en España y cuenten con subvención pública estatal o autonómica.

Excepcionalmente y por mayoría de dos tercios, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podrá incluir dentro del catálogo otros acontecimientos que considere de interés general para la sociedad.

los acontecimientos de interés general para la sociedad?

Atravesamos una situación de indefinición. El CEMA no está constituido, ni se espera su constitución. El último catálogo de acontecimientos de interés general para la temporada 2009-2010 fue elaborado y publicado por el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas conforme a la Ley 21/1997, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, actualmente derogada por la ley audiovisual³.

En relación al catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, la propia Ley General de Comunicación Audiovisual establece en su disposición transitoria sexta que "hasta tanto no se apruebe por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, se emitirá en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado, un encuentro de fútbol por cada jornada de la Liga de primera división, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de fútbol, siempre que haya algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo". En otros términos, **es el propio legislador, -el que de forma transitoria-, asume la potestad de determinar qué acontecimientos se han de emitir en abierto.**

Esta situación de indefinición es terreno abonado para los conflictos. Sirvan como ejemplos, la polémica entre la Liga de Fútbol Profesional y el Gobierno por las demandas de aquella de acabar con el partido semanal en abierto (lo que el CEMA podría hacer, pero no hace la DT 6ª de la Ley Audiovisual); o la decisión del Gobierno de Canarias de declarar de "interés general autonómico" el partido entre Tenerife-Las Palmas celebrado el 23 de enero de 2011, que suscitó un conflicto entre el ejecutivo autonómico, la Liga de Fútbol Profesional y Mediapro, que ha acabado con una demanda contra el Gobierno de las islas ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias⁴.

En cualquier caso, parece que esta situación de incertidumbre tiene los días contados. El Anteproyecto de creación de una Comisión Nacional de Mercados y Competencia contempla expresamente la no constitución del CEMA, distribuye sus funciones entre el nuevo organismo de control, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, el Ministerio de Industria y el Ministerio de Presidencia. En concreto, atribuye al Ministerio de Presidencia la potestad de decidir qué acontecimientos deportivos son de interés general" y, por tanto, tienen que ser emitidos por televisión en abierto. Esta decisión se tomará "previa consulta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y a los organizadores de competiciones deportivas".

3 Resolución de 28 de julio de 2009, de la Presidencia del Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, por el que se aprueba el Catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general para la temporada 2009/2010 (BOE núm. 182, 29-7-2009).

4 Sobre este conflicto v. GARCÍA CABA, M.M., "¿El fútbol profesional puede ser declarado de interés general «autonómico»? A propósito de unas recientes actuaciones del Gobierno de Canarias en la materia? *Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 32, 2011, págs. 367-379.