Algunos problemas

POR **CARLOS LEMA**

La verdadera hiperinflación legislativa en el ámbito de la radiodifusión, los múltiples conflictos que plantean las emisoras ilegales, el problema de la financiación, y, por último, la concentración del sector radiofónico ponen de manifiesto la necesidad de condensar las normas y leyes relativas a la radiodifusión.

INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA REGULACIÓN JURIDICA

Ante todo, hay que poner de manifiesto que la regulación jurídica de la radiodifusión en España no es reciente. Los antecedentes normativos se remontan a la Ley de 26 de octubre de 1907, desarrollada por el Real Decreto de 24 de enero de 1908.

Estas normas establecen el monopolio del Estado sobre la radiotelegrafía, cable, teléfonos y «los demás procedimientos similares ya inventados o por inventar». Entre estos se encontraba la radiodifusión.

Se sostiene que ha sido en la década de los años 20 cuando comienzan en España las emisiones de radiodifusión. Para regular este medio, se aprueba el Real Decreto de 27 de febrero de 1923, que establece el monopolio estatal de las instalaciones radioeléctricas, prohibiéndose las que no estuviesen autorizadas por el Ministerio de Gobernación.

De todos modos ha sido mérito del Real Decreto de 14 de junio de 1924 permitir la existencia de emisoras públicas y emisoras privadas de radiodifusión. Sin embargo, en la que se puede considerar Primera etapa de la radiodifusión en España, se ha tratado de buscar un Estatuto independiente de aquella. Pues bien, el Real Decreto de 26 de junio de 1929 crea el Servicio Nacional de Radiodifusión Sonora. Este se configura como servicio público al que -al menos formalmente- no se otorga la explotación exclusiva de la radiodifusión. Ahora bien, la existencia de emisoras autorizadas al margen del Servicio Nacional resultaba imposible, ya que se prohibían los ingresos derivados de cuotas de usuarios y la publicidad radiada. Dicho con otras palabras, no existía ninguna fuente de financiación.

En una Segunda etapa, que correspondería a la Segunda República (1931-1939), se produce la consolidación del régimen jurídico de la radiodifusión en España. Y la Constitución de 9 de diciembre de 1931 consagra los principios de libertad de empresa y de libertad de expresión.

Fundación Telefónica

Sin embargo, no contempla el principio de libertad de información. Ahora bien, el 26 de julio de 1934 se aprueba la Ley de Radiodifusión, que califica como servicio público al servicio de radiodifusión nacional, atribuyéndole una «función social y privativa del Estado».

Por último, en una Tercera etapa histórica, que abarca desde 1939 a 1975 (y que algún autor califica como «el nuevo régimen de la radiodifusión») nos encontramos con multitud de normas de rango inferior. Entre otros, el Decreto que transfiere las competencias del desaparecido Ministerio de Información y Turismo a la Dirección General de Radiodifusión, así como los Decretos que establecen el Plan Transitorio de Ondas Medias y el que fija el régimen de emisoras de frecuencia modulada.

REGIMEN JURIDICO ACTUAL DE LA RADIODIFUSION

Efectuada esta breve introducción sobre el Derecho histórico, vamos a abordar el régimen jurídico actual de la radiodifusión. Actualmente, y como por todos es conocido, la Constitución de 6 de diciembre de 1978 contiene normas que afectan a la radiodifusión, que -en nuestro Ordenamiento- se configura como un servicio público. Entre las normas constitucionales hay que citar el Art. 20, que reconoce los derechos:
a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones; y b) Comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Pero, si seguimos un orden sistemático de preceptos constitucionales, nos encontramos con el Art. 38 de la Constitución, que reconoce el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Esta libertad no se reconoce como un derecho fundamental, sino como derecho, entregado a la libertad de configuración del legislador, que ha de convivir con la iniciativa pública.

Y, lo que también es importante, el Art. 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado, en punto a las «Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo o ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas».

Con posterioridad a nuestra Carta Magna -y hago solamente una sipnosis- merecen destacarse en el desarrollo de la misma, el Estatuto de la Radio y Televisión de 10 de enero de 1980, la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 18 de diciembre de 1987, el Real Decreto de 10 de febrero de 1989 que aprueba el plan Técnico de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas, la Ley de 8 de abril de 1991 de Organización y Control de las emisoras municipales de radiodifusión sonora, así como el Real Decreto de 21 de mayo de 1993, que aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas.

De todas estas normas, merece destacarse la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones que «pretende establecer, por primera vez en España, un marco jurídico básico en el que se contengan las líneas maestras, a las que ha de ajustarse la prestación de las diversas modalidades de telecomunicación, a la vez que define con nitidez las funciones y responsabilidades de la Administración Pública y de los sectores público y privado», estableciendo como principio general la configuración de las telecomunicaciones «como

Fundación Telefónica
Telefónica

servicios esenciales de titularidad estatal reservados por el sector público».

La enumeración de todas estas normas nos pone de relieve -en definitiva- que en el sector de la radiodifusión -y prácticamente en casi todos los sectores- en España, estamos padeciendo una verdadera hiperinflación legislativa. Considero que (de alguna manera) habría que tratar de condensar todas estas normas, porque tanto la doctrina, como los Tribunales, se encuentran con graves dificultades para determinar las leyes que están en vigor y aquellas que han sido derogadas.
En este sentido, es de lamentar que la Directiva sobre las actividades de radiodifusión televisiva, por contraste con la Propuesta de Directiva, no contemple la radiodifusión. Sin duda alguna, si hubiese contemplado las actividades de radiodifusión, a la hora de adaptar el Ordenamiento jurídico español a la citada Directiva, nuestro legislador hubiese derogado multitud de estas normas, quedando reducidas tan sólo a dos o tres leyes. Esta situación ideal no se ha producido y considero que la abundancia de normas puede ser perjudicial, a pesar del viejo aforismo, según el cual «lo que abunda no perjudica».

PROBLEMAS QUE AFECTAN A LAS EMISORAS DE RADIODIFUSION PRIVADA

Una vez que hemos pasado revista a la regulación jurídica de la radiodifusión, vamos a abordar tres problemas que, a mi modo de ver, tienen una gran incidencia -en nuestros días- en el sector de la radiodifusión privada o comercial.

1. Las emisoras alegales

El primer problema que se encuentra en el sector de la radiodifusión privada es el problema de las emisoras alegales o piratas. El tema tiene -obviamente- solución en nuestras leyes. El Art. 26 núms. 3, 4, 5 y 6 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones establece la explotación directa de la radiodifusión por la Administración; así como la gestión indirecta, por parte de personas físicas o jurídicas. Esta gestión indirecta se tiene que realizar a través de una concesión, que se otorga -como es sabido- por parte del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente o, en su caso, por las comunidades autónomas, que tienen competencia -concretamente- para la concesión de emisoras de FM. Como señala el Art. 33 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, si no existe concesión, se podrá clausurar la correspondiente emisora.

Pues bien, en los últimos cinco años se han presentado, tanto a la Dirección General de Telecomunicaciones, como a las Consejerías de las comunidades autónomas con competencia en esta materia, aproximadamente 200 denuncias de emisoras alegales, cada año. Es decir: que vienen funcionando en España o han venido funcionando, ilegalmente, a lo largo de los últimos cinco años, más de 1.000 emisoras de radiodifusión en FM, sin la correspondiente concesión.

Pero junto a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, que prohíbe las emisoras alegales, también cabría invocar el Real Decreto de 10 de febrero de 1989, que establece en sus Arts. 5 y 6 que la gestión indirecta de las emisoras de FM requiere concesión administrativa.

Fundación Telefónica
Telefónica

De todos modos, esta exigencia ha generado múltiples conflictos. Y ha dado lugar a varias sentencias del Tribunal Constitucional, entre las cuales puede invocarse -como botón de muestra- la de 3 de junio de 1991. En esta resolución se aborda el problema que planteaba una emisora ilegal, que había sido clausurada. Frente al cierre, la citada emisora invocaba el Art. 20 de nuestra Constitución: el derecho a difundir ideas y opiniones.

De manera específica, en esta sentencia el Tribunal Constitucional sostuvo:

«QUINTO: Sostiene la recurrente que la interrupción de las emisiones y la clausura de los equipos para su realización, decretada por las Resoluciones administrativas impugnadas, y confirmada por las resoluciones jurisdiccionales, vulnera los derechos reconocidos en el Art. 20.1 a) y d) CE, pues de un lado, se condiciona el ejercicio de estas libertades a una previa autorización no prevista ni regulada por Ley Orgánica y, de otro, se impide materialmente su ejercicio por falta de autorización administrativa cuyo procedimiento de obtención no se encuentra plasmado en norma positiva alguna.

Antes de entrar en el examen de cada uno de estos alegatos es necesario recordar, siquiera sucintamente, la doctrina de este TC sobre el derecho de creación de los medios de comunicación en relación con las libertades reconocidas en el Art. 20.1 a) y d) CE. Tiene dicho este Tribunal que «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende, en principio, el derecho de crear medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (SSTC 12/1982, FJ. 3º). Mas si éste es el principio general en nuestro ordenamiento jurídico, aquel derecho presenta indudables límites (SSTC 12/1982, FJ. 3º, 74/1982, FJ. 2º), no pudiendo equipararse la «intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el Art. 20 CE, y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial» (STC 206/1990, FJ. 6º).

Así, en relación con la radiodifusión y televisión, señalamos en la última de las sentencias citadas, que «plantean, al respecto, una problemática propia y están sometidas en todos los ordenamientos a una regulación específica que supone algún grado de intervención administrativa, que no sería aceptable o admisible respecto a la creación de otros medios.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su Art. 10.1, último inciso, refleja esta peculiaridad al afirmar que el derecho de libertad de expresión, opinión y de recibir o comunicar información o ideas no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión o televisión a un régimen de autorización previa» (FJ. 6º).

En esta línea, dijimos también en la citada sentencia que el Art. 20 CE no significa, en cualquier caso «el reconocimiento de un derecho directo a emitir»,ni de este precepto «nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local», ni «tampoco es constitucionalmente exigible que la regulación legal o la actuación administrativa en la materia sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar» (FJ. 6º).

Fundación Telefónica

La entidad recurrente se basa en una premisa constitucionalmente inaceptable, a saber: que del Art. 20 CE, entendido también a la luz del Art. 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos, se derivaría el reconocimiento directo de un derecho a emitir sin necesidad de intervención administrativa alguna ni, por tanto, de obtención de licencia, autorización o concesión, considerándose como excepcional que por parte de la Ley, si el legislador lo estimase oportuno, pudiera sujetarse esta libertad a eventuales limitaciones o restricciones.

Sin embargo, como demuestra además la experiencia comparada, esto no es así, entre otras razones por la «limitación del medio por razones tecnológicas y la utilización de bienes de posibilidades reducidas de utilización» que no permite invocar «una actuación inicialmente libre» (STC 79/1982, FJ. 3º),que es lo que precisamente hace la sociedad recurrente.

Precisan en este supuesto las libertades de expresión y de comunicar libremente información de un medio o soporte de difusión cuya gestión requiere una determinada licencia administrativa, licencia que la recurrente, aun sin discutir su necesidad, ni siquiera demuestra haber intentado obtener, limitándose a comunicar a la Administración que acomodaría sus emisiones a las condiciones que ésta impusiera cuando se le concediese.

En esta situación, no puede afirmarse que la medida adoptada de interrumpir las emisiones y precintar los equipos por carecer la entidad actora de autorización para emitir, haya vulnerado los derechos reconocidos en el Art. 20.1 a) y d) CE, pues resulta evidente que la modalidad de radio que pretende desarrollar está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, sujetándose a un procedimiento administrativo al que no ha querido someterse. Ello bastaría, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, para desestimar sin más argumentación la presente demanda de amparo».

En fin, el problema de las emisoras alegales sigue latente. Según la información de que dispongo, la Asociación Española de Radiodifusión Comercial viene denunciando todos los años unas 100 emisoras ilegales. Estas -sin duda alguna- causan un perjuicio a la Hacienda Pública: algunas no tributan por el Impuesto de Actividades Económicas y restan ingresos al Fisco.

Y, lo que tampoco debe olvidarse, al vulnerar las correspondientes normas legales, también llevan a cabo un acto de competencia desleal, previsto por la Ley de Competencia Desleal de 1991, que -como es sabido- tipifica como actividad ilícita la infracción de normas del Ordenamiento jurídico, que atribuye una ventaja -en el mercado- al infractor y se prevalece de la misma.

2. La financiación de las emisoras de radiodifusión privada

Un ulterior problema relativo a la radiodifusión y, concretamente, a las emisoras de radiodifusión privada o comerciales es el problema de la financiación. Esta cuestión está dando lugar a una importante controversia en el sector, entre las emisoras comerciales y las emisoras municipales.

Como es conocido, la Ley de Ordenación de las emisoras municipales permite que estas

Fundación Telefónica
Telefónica

últimas puedan financiarse no sólo a través de los presupuestos municipales, sino también a través de otros ingresos comerciales, entre los que hay que incluir la publicidad.

Pues bien, la financiación de las emisoras municipales, con cargo a los presupuestos municipales, podría constituir -en el marco del Derecho Comunitario- una «Ayuda Estatal», prohibida por el Art. 92 del Tratado de Roma.

En efecto, tanto si se entienden en un sentido estricto, como en un sentido amplio, deben considerarse incluidas dentro de las ayudas estatales las subvenciones que los poderes públicos o las Administraciones otorgan a determinadas empresas. Así las cosas, la financiación con cargo a presupuestos municipales constituye una «Ayuda de Estado», que resulta incompatible con el citado precepto del Tratado de Roma.
De manera expresa, el Art. 92 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de la que España forma parte, dispone:

«1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el Mercado Común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

En la mayoría de los casos, los Ayuntamientos -a través de los presupuestos municipales- mantienen las emisoras municipales, que a su vez perciben ingresos derivados de la publicidad. Por el contrario, a las radios de titularidad privada no se les otorga ninguna ayuda para desarrollar sus actividades. Así pues, se está otorgando una «Ayuda estatal», que origina una discriminación de las emisoras de radio de titularidad privada, ya que las mismas no reciben ninguna subvención, al paso que las emisoras de radio municipales se nutren de los presupuestos municipales y de la publicidad.

Por lo demás, no hay que olvidar que el concepto de «Ayuda estatal» puede revestir formas muy diversas. A este respecto, la Comisión de la CEE considera como ayuda a las «subvenciones, exoneraciones de impuestos y tasas, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones particularmente favorables, cesión de inmuebles o terrenos de forma gratuita en condiciones particularmente favorables, suministros de bienes o servicios en condiciones preferentes, cobertura de pérdidas de explotación o cualquier otra medida de efecto equivalente».

Pues bien, si el Ministerio de Obras Públicas y Transportes exonerase del pago de una tasa a las emisoras de radio de titularidad pública, mientras que -por el contrario- se la exigiese a las radios de titularidad privada, también se estaría infringiendo el citado Artículo 92 del Tratado de Roma. En efecto, en este presupuesto, se estaría produciendo una modificación en los costes de producción de las emisoras de radio de titularidad privada, debido a la no exigencia de una contraprestación a las emisoras de radio de titularidad pública.

Además de infringir el tan citado Art. 92 del Tratado de Roma, también se vulneraría la Ley española de Competencia Desleal de 1991, que viene a consagrar el principio de la

Fundación Telefónica

«competencia basada en las propias prestaciones». Esto es: en el propio esfuerzo de cada competidor. De tal suerte que también -en materia de radio- debe regir el principio de igualdad de oportunidades.

3. La concentración en el sector radiofónico

Un ulterior problema, al que simplemente voy a aludir, es el relativo a la concentración en materia de radiodifusión. Problema que afecta a las emisoras privadas y que ha provocado ya denuncias ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El problema de la concentración tiene una regulación jurídica específica tanto a nivel comunitario, como a nivel estatal. La Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 contempla esta materia. Obviamente, para que existan emisoras «grandes y fuertes», se necesita la concentración. Y, lo que es más importante, esta concentración no sólo se producirá a nivel estatal, sino que incluso tendrá que llevarse a cabo a nivel comunitario, en atención a que, el próximo año, 15 países integrarán la Unión Europea. Ahora bien, la concentración tiene también sus límites, según recoge la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones.

De todos modos, en otros sectores empresariales, se observa que si las empresas no se concentran, las exportaciones se vuelven inviables. En el sector de la radiodifusión, la prestación de servicios a nivel comunitario -insisto- obligará a concentraciones. En este sentido, teniendo en cuenta los límites que establecen las leyes, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá permitir una concentración, respetando las normas comunitarias y estatales.

Fundación Telefónica