

La «ley del fútbol»*

*Juan José Guimerá Rico
Gloria Santana Vidal*

1. Antecedentes

1.1 Quién es quién en el fútbol televisado

Desde 1963, y a través del Ente Público Radiotelevisión Española, los telespectadores venían disfrutando cada semana de un partido de liga y, en su caso, de copa. A partir de 1986 y hasta el año 89, la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP)¹, en su calidad de órgano representativo de los distintos clubes, contrata con TVE la retransmisión de un número determinado de partidos, más el derecho a la obtención de imágenes en los estadios con el fin de elaborar programas resumen, y mediante la contraprestación económica correspondiente.

* La actualidad de este trabajo cierra al 15 de Diciembre pasado, a efectos de su presentación al VIII Premio de Estudios Jurídicos «Ignacio González Reyes» del que resultó acreedor al segundo galardón.

¹ Creada por virtud de la Ley 10/90, 15 de octubre, del Deporte, atribuyéndole, entre otras funciones, la asunción de las deudas pendientes de los clubes frente a los organismos públicos mediante la suscripción de un convenio de saneamiento con el Consejo superior de Deportes en la misma línea que se venía haciendo desde 1985 (DT 3) asumiendo la LFP la totalidad de las deudas públicas de los clubes a la que quedaban afectos los derechos generados por las retransmisiones de televisión.

Con la aparición de las televisiones autonómicas, y ante la inminente llegada de tres canales de Televisión «privada»², se hace necesario convocar un concurso público para la cesión, entre otros derechos, del de «retransmisión en directo y en exclusiva para todo el territorio español, de un máximo de 34 partidos del Campeonato Nacional de Liga de 1ª División y 6 partidos del Campeonato de España/Copa de S.M. El Rey, excluida la final del mismo (base 3ª.1 del concurso)», resultando adjudicataria Promoción del Deporte³ por un periodo de cuatro temporadas (89-90/93-94) y a cambio de un total de 19.100 millones de pesetas. Una vez formalizados los contratos, éstos fueron cedidos a la FORTA (Federación de Radiotelevisiones Autonómicas) por un importe total de 19.600 millones de pesetas, muy poco antes de la adjudicación a A3TV, Telecinco y Canal+ de sus respectivas licencias.⁴

Más tarde, el 6 de julio de 1990, y para repartirse los derechos de retransmisión de partidos de fútbol durante los *ocho* años siguientes, la LNFP, la FORTA y Canal+ celebraron un conjunto de contratos ligados entre sí, de los que resulta lo siguiente: Se ceden a Canal+ los derechos de retransmisión en directo⁵ de un partido de liga o copa (siempre excepto la final), sin publicidad durante la misma, y hasta un máximo de 38 por temporada. En atención a las particularidades del sistema de emisión codificada, se concede a la FORTA la elección primera del partido, y sin perjuicio del derecho de cualesquiera otros medios de información audiovisual a obtener imágenes de los encuentros. Se prohíbe a Canal+ la cesión a terceros de los derechos adquiridos a través de estos contratos aunque, al venci-

² La denominación es incorrecta porque técnicamente la Ley 10/88 las configura como formas indirectas de gestión del servicio público de televisión (ver nota 15).

³ Presidida por DORNA S.A., propiedad de el Banco Español de Crédito.

⁴ En virtud de concurso convocado el 25 de enero del 89 y resuelto por el Consejo de Ministros en su reunión de 25 de agosto. Véase al respecto la reciente STS 22. nov. 97, ratificando el procedimiento de concesión, frente al Dictamen evacuado en su momento por el Consejo de Estado, en el que se consideraba que la adjudicación de un canal de televisión de pago no es aconsejable por su carácter restrictivo.

⁵ A pesar de que la concesión se extingue a los diez años (1999) Canal+/Sogecable ha negociado con algunos clubes la gestión de sus derechos televisivos hasta el año 2003 amparándose en el lanzamiento de CSD, de la que posee un 85% (Antena 3 el 15% restante), a través de la cual comercializaría esos derechos si no se renueva su concesión. Nótese que podría significar la vulneración de la cláusula citada al ser C+ y CSD dos personalidades jurídicas independientes sometidas a regulaciones distintas, Ley de Televisión privada y Ley de Televisión Digital, a la que no alcanza la consideración de servicio público, respectivamente. En ello se basa la querrela por estafa ejercitada contra Sogecable la pasada primavera.

miento de los mismos, se le reconoce un derecho de adquisición preferente. En 1991 la FORTA, ante su insuficiencia para cubrir todo el territorio nacional, cede a TVE el derecho a retransmitir el partido en el territorio que no cubran las televisiones autonómicas. Por su parte TVE se compromete a grabar aquellos partidos celebrados en Comunidades Autónomas que no gocen de televisión propia.

A3 TV (y en menor medida también Telecinco), sintiéndose agraviada, contratacan en dos frentes:

Para empezar, interpone recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que se pronuncia en *Resolución de 10 Junio 93*, en los siguientes términos:

1. El contrato de 6 de julio de 1990 entre la LNFP y las televisiones autonómicas es una acuerdo prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia y por el artículo 85.1 TCE, debido al alcance de su contenido, su duración y la concesión de derechos de tanteo, retracto y contratación preferente.

2. El contrato de 6 de julio de 1990 entre la LNFP y Canal+, por su larga duración (8 temporadas) por su gran ámbito (38 partidos) es considerado por el Tribunal como infractor de artículo 1.1 de la ley 16/89 —a pesar de las peculiaridades que presenta un canal codificado de televisión (ausencia de publicidad).

3. El contrato de 6 de julio de 1990 entre las televisiones autonómicas y Canal+, por el que se cede en exclusiva la emisión de resúmenes en favor de Canal+ por 8 temporadas, prohibiendo a las autonómicas la cesión en favor de otras cadenas privadas. La que pudiera llevar a cabo Canal+ se halla igualmente prohibida por el artículo 1 de la ley 16/89.

4. El contrato suscrito por las televisiones autonómicas y TVE (de corta duración y objeto de renovaciones anuales) no puede tener vida independiente del conjunto de contratos celebrados el 6 de julio de 1990, por lo que el Tribunal deduce la existencia, también en este caso, de acuerdos prohibidos por el artículo 1 de la ley 16/89, así como del artículo 85.1 del TCE.

Pero paralelamente (y esto es lo que a la larga se ha revelado más decisivo), A3TV, a través de su sociedad instrumental Gestora de Medios Audiovisuales-Fútbol (GMAF) entabla negociaciones con varios clubes, manejando ofertas astronómicas que ponían de manifiesto lo irrisorio de las cantidades que hasta entonces percibían⁶. La habilidad de Antonio Asensio, por aquel entonces presi-

⁶ Como muestra, en la temporada 1994-95 Real Madrid y Barcelona F.C. ingresaron por este concepto 467 y 464 millones de pesetas respectivamente. En la temporada 96/97, 3.000 millones cada uno.

dente de A3TV, permite a esta sociedad hacerse con los derechos de imagen, durante las temporadas 1998-2003, de los equipos con más potencial de atracción de audiencia.

En un primer momento Canal + se mantuvo indolente ante estos movimientos, en la convicción de que los derechos de imagen de los clubes y S.A.D. no podían gestionarse individualmente sino a través de la LNFP. Pero al ver que las negociaciones seguían adelante, contrataron por medio de Gestsport, (que es a C+ lo que GMAF a A3) con algunos equipos con el fin de mantener su oferta futbolística hasta el 2003, y los mismo hizo TV3. A comienzos de la temporada 96-97, la situación era la siguiente⁷:

Canal+		Antena3		FORTA	
Deportivo	2700	Real Madrid	3000	F.C.Barcelona	3000 (A3)
Tenerife	1700	Atlético	2500	Valencia	2000
Zaragoza	1700	Sevilla	2000	Español	1500
Athletic	1700	Betis	2000	Compostela	1000
R Sociedad	1500	Valladolid	800		
Celta	1300	Sporting	800		
Oviedo	1200	Hércules	800		
Rayo	1000	Extremadura	800		
Logroñés	900				
Racing	800				
Total	14.500	Total	12.700	Total	7.500

Desde su recién adquirida posición de fuerza, los presidentes de los clubes presionan en el seno de la LNFP para romper el contrato en vigor. Así se hace A3TV con el partido de los lunes a cambio de 207.176 millones de pesetas por siete temporadas y la promesa de permitir a la FORTA seguir dando algunos partidos a partir de 1998, como excepción al sistema de «pay per view» o pago por visión, definido por el artículo 6 de la Ley 21/97 como «el abono de las contraprestaciones económicas fijas y variables establecidas por la recepción individualizada de determinados programas o retransmisiones», fijando en su apartado 2º las condiciones de la retransmisión de competiciones o acontecimientos deportivos sometidos a esta Ley con arreglo al artículo 1.

Puesto que juntos poseían los derechos sobre la totalidad de retransmisiones de encuentros de liga y copa (salvo la final de ésta), el acuerdo era inevitable. Así,

⁷ Fuente: El País, 18 ago. 96

el 24 de Diciembre de 1996, por virtud de llamado «Pacto de Nochebuena», A3TV (40%), Canal+ (=Sogecable, 40%) y TV3 (20%) crean Audiovisual Sport, sociedad en la que refunden aquellos derechos y cuyo objeto consiste precisamente en la explotación de los mismos. En abril de 1997, el Diario Oficial de la Comunidades Europeas recoge la notificación de un acuerdo por el cual Audiovisual Sport cedió en exclusiva los derechos de retransmisión de encuentros de fútbol de pago por visión a Canal Satélite Digital, empresa propiedad de Sogecable en un 85% y de A3 TV en un 15%. A su vez Canal Satélite cedió el usufructo de aquellos derechos a Audiovisual Sport por la duración del contrato. Audiovisual Sport explotará, asumiendo los riesgos, esos derechos de pago por visión en Canal Satélite Digital, que empezó a emitir en fase de prueba en marzo de 1997. La duración se fija en 5 años prorrogables hasta 4 más.

La idea era, pues, reservar las retransmisiones de partidos de fútbol en favor de Canal Satélite Digital (Sogecable 85% y A3 15%), empresa paralela a Canal+ y en el sistema de pago por visión, como medio para asegurarse una posición privilegiada frente a la nonata plataforma rival, Vía Digital. Así las cosas, y habida cuenta de la trascendencia social que en nuestro país tiene este deporte (reconocida incluso jurisprudencialmente en la SAP Madrid 30.MAR.96), el Gobierno decide intervenir, elaborando un proyecto de ley que asegure la retransmisión en abierto de algunos encuentros⁸, iniciativa que culminó en la Ley 21/97, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. Posteriormente, el Partido Socialista presentó recurso de inconstitucionalidad, que sigue su tramitación con el número de registro 3967/97.

2. Régimen jurídico

La ley tiene por objeto central garantizar la retransmisión en directo, en abierto y para todo el territorio nacional de los «acontecimientos y competiciones deportivas», que un órgano creado al efecto, el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, califique como de interés general con arreglo a los criterios que la misma ley apunta:

⁸ En este sentido, un informe fechado el 8 de enero de 1997 y elaborado por un grupo privado de expertos —aunque el Vicepresidente 1º del Gobierno, Sr. Alvarez Cascos, no reconoció su existencia—, fue entregado en La Moncloa bajo el título «El futuro de la Televisión Digital en España». Contiene una serie de «medidas fundamentales que podrían aplicarse» y que coinciden con la acción que el Gobierno ha llevado a cabo desde entonces. Fuente: Epoca, 5 may. 97.

- a) Atracción de audiencia
- b) Importancia deportiva
- c) Tradición de la competición o acontecimiento

Con ello, nuestro legislador se ha adelantado a la regulación comunitaria, operada en este sentido por la Directiva 97/36 CE de 30 de Junio, de modificación de la 89/552, conocida como Directiva «Televisión sin Fronteras», en la que se introduce un nuevo artículo 3 bis que contempla expresamente el ejercicio de las exclusivas audiovisuales⁹. Pero la Ley 21/97 se excede en algunos de sus preceptos de las directrices fijadas por el Parlamento Europeo, al elevar la Liga de Fútbol a la categoría de competición de interés general, lo que provocó una enconada polémica en la que los distintos operadores y programadores afectados han defendido con todos los medios a su alcance sus respectivos intereses económicos, escudándose en interpretaciones partidistas de los conceptos técnico-jurídicos que en la ley se concitan.

2.1 Naturaleza

La ley, elaborada por iniciativa del Consejo de Ministros, fue remitida en un primer momento a las Cortes como proyecto de Ley Orgánica, en la medida en que se consideraba relacionado con el derecho fundamental a la información contenido en el artículo 20.1 de la Constitución y, por lo tanto, sujeto a las garantías del 53.1. Sin embargo, la Secretaría General del Congreso, en el informe evacuado a petición de la Mesa de la Cámara, no consideró que ello fuera necesario, puesto que «el proyecto de ley examinado por su contenido, circunscrito a las retransmisiones por radio y televisión de determinados acontecimientos deportivos, engarza principalmente con la libertad de empresa (artículo 38 CE) y con los derechos

⁹ «1. Cada Estado miembro podrá adoptar medidas de conformidad con el Derecho Comunitario para asegurar que los organismos de radiodifusión televisiva sometidos a su jurisdicción no retransmitan de manera exclusiva acontecimientos que dicho Estado miembro considere de gran importancia para la sociedad, de manera que se prive a una parte importante de público de dicho Estado Miembro de la posibilidad de seguir dichos acontecimientos, en directo o en diferido, en la televisión de libre acceso. Si adopta dichas medidas el Estado miembro de que se trate establecerá una lista de acontecimientos nacionales o no nacionales, que considere de gran importancia para la sociedad, lo que hará de manera clara y transparente, a su debido tiempo y oportunamente. Al hacerlo el Estado miembro determinará también si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo o, en caso necesario y apropiado, por razones objetivas de interés público, total o parcialmente en diferido.»

de los consumidores y usuarios (artículo 51 CE), que no se encuentran entre los que gozan de la garantía adicional de la reserva de ley orgánica» (conclusión 4 del Informe).

No obstante, esto mismo no puede predicarse respecto del artículo 2º, que garantiza a los medios de comunicación social¹⁰ el libre acceso a los estadios y recintos deportivos para elaborar los correspondientes extractos, y dar así efectivo cumplimiento al derecho a la información deportiva.¹¹ Este artículo supone un desarrollo directo del 20.1º d) de la Constitución, por cuanto configura su contenido esencial y debería haber sido, en nuestra opinión, revestido de carácter orgánico y tramitado por el procedimiento correspondiente, como por otra parte evidencia el artículo 7.1º de la Ley, al conectar la tutela de este derecho con la Ley 62/78 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Un derecho fundamental lo es por la materia y la jurisprudencia constitucional admite la regulación de materias conexas, pudiendo declarar orgánicos dentro de la misma ley unos preceptos si y otros no; así lo admiten, entre otras, las SSTC 13.FEB.81 y 86/82. Si no se ha hecho así, ello es seguramente debido a la debilidad parlamentaria del Partido gobernante, que hubiera tenido serias dificultades para alcanzar la mayoría cualificada que el carácter de orgánica exige en la tramitación de una Ley. Así lo reconoció el propio Vicepresidente 1º del Gobierno, a quien se le atribuye la «paternidad» de la ley, en el debate parlamentario de 24 de abril de 1997: «...el revolcón hubiera sido que el Gobierno hubiera remitido un Proyecto de Ley ordinaria a esta Cámara y ustedes, el Parlamento, la Mesa, la hubieran calificado de orgánica. Eso si hubiera sido un fallo. Lo contrario no plantea ninguna dificultad, incluso facilita algunos problemas de matemática parlamentaria en las votaciones por parte de la mayoría de esta Cámara.»

2.2 *Ámbito de aplicación*

2.2.1 Material

Según su artículo 1, la Ley es aplicable «a las retransmisiones o emisiones realizadas por radio o televisión de acontecimientos o competiciones deportivas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

¹⁰ El artículo 2 Ley 21/97 no establece diferencias entre radios y televisiones. La AERC, Asociación Española de Radiodifusión Comercial, se planteó la inconstitucionalidad del art. 3.2 («las emisiones radiofónicas de programas deportivos especializados darán derecho a obtener una contraprestación económica a los clubes»), al considerarse discriminada frente a las televisiones.

¹¹ SAP Madrid 204/96 de 30 de marzo, por la que se condena a la Liga Nacional de Fútbol por denegar el acceso a los no tenedores de las exclusivas.

1. Que sean oficiales, de carácter profesional y ámbito estatal, de acuerdo con la Ley 10/90 de 15 de octubre, del Deporte.
2. Que correspondan a las selecciones nacionales de España
3. Que tengan especial relevancia y trascendencia social.

La concreción de este tercer criterio se deja en manos del *Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas*, cuya creación compete al Gobierno en virtud de la Disposición Adicional 4ª. Este organismo elaborará un catálogo al inicio de la temporada, en el que se incluirán los eventos concretos estimados de interés general, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1º de la Ley, donde, de acuerdo con lo establecido al efecto en la Comunicación sobre acontecimientos deportivos de la Comisión¹², deberá tratarse de acontecimientos y competiciones

- a) que se celebren con periodicidad pero no frecuentemente
- b) que tengan un alto nivel de audiencia
- c) de importancia en el ámbito deportivo nacional
- d) con un «marcado carácter tradicional».

Además, «en las competiciones de liga o copa se considerará de interés general un encuentro por cada jornada» (artículo 5), y se da derecho preferente de elección a los operadores interesados en su retransmisión en abierto, apelando en la Exposición de Motivos al «derecho adquirido» de los telespectadores a lo largo de treinta años de emisión gratuita y en abierto.

El procedimiento por el que la Ley lleva a cabo la declaración del fútbol como de interés general plantea no pocos problemas. Baste por el momento apuntar que la Directiva 97/36 CE citada habla tan sólo de «relevancia pública», expresión que no implica las mismas consecuencias que en el ordenamiento español tiene técnicamente el interés general tal y como está configurado en el artículo 103 CE.

2.2.2 Espacial

Como es natural, tratándose de una ley emanada de las Cortes Generales, su obligatoriedad se extiende a todo el territorio nacional. En el sistema de reparto competencial diseñado por la Constitución, corresponde al Estado establecer las «normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los

¹² Comunicado IP797/85, «Televisión sin fronteras y principales acontecimientos deportivos».

medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas», (artículo 149.1.27º CE). Acogiéndose a esta cláusula, la Disposición Adicional Única de la Ley 21/97 permite a las Comunidades Autónomas elaborar un catálogo paralelo de acontecimientos que consideren de «interés general autonómico». A tenor del art. 4.4, podrán ser retransmitidos en la lengua oficial propia de cada Comunidad Autónoma.

2.2.3 Temporal

La Disposición Final 5ª de la Ley fija su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, pero la inclusión de una confusa Disposición Transitoria ha desatado el debate sobre la supuesta retroactividad de la Ley, haciendo correr ríos de tinta no sólo en la prensa deportiva especializada, sino en todos los demás medios de comunicación.

La Ley tiene por objeto material la regulación de los contratos de cesión de derechos de imagen, siendo así que ya existían acuerdos de esta índole desde finales de la temporada pasada. Las «modificaciones contractuales» que sugiere la Disposición Transitoria parecen implicar la retroactividad de la Ley, aunque hay espacio para la duda.

Primero porque no hay en el texto legal ninguna referencia expresa que permita afirmarlo con la vehemencia de que algunos han hecho gala; y, en segundo término, porque la Disposición Transitoria no establece una regulación interina para las situaciones jurídicas preexistentes, tan sólo insta a los afectados a renegociar sus contratos a efectos de adecuarlos a la nueva normativa.

Surge así una serie de interesantes cuestiones que nos sirven de base para el estudio de la retroactividad que, en referencia a la Ley 21/97, se constituye en uno de los temas centrales de nuestro trabajo.

3. Los derechos de retransmisión en exclusiva

3.1 Naturaleza de los contratos afectados

Los contratos de cesión de derechos de imagen constituyen una categoría atípica que la doctrina¹³ asimila al contrato de exhibición, definido por la STS 23.FEB.48 como un contrato «innominado y complejo», porque al lado de la cesión a proyectar el espectáculo existen «otros elementos que recuerdan al contrato de arrendamiento de cosas».

¹³ URÍA, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1997, p. 755.

En cualquier caso no cabe duda del carácter mercantil de este tipo de transacciones, ya que las dos partes interesadas son empresarios realizando una actividad económica con la que persiguen la consecución de sus respectivos objetos sociales. La propia naturaleza de estos contratos presupone la *exclusividad*, que significa para los clubes unos ingresos de importancia económica muy superior a la contratación fraccionada¹⁴, circunstancia que se explica de forma sencilla: Al entrar en el mercado de las telecomunicaciones, las empresas privadas buscan la diferenciación a partir de una oferta televisiva fuera del alcance de otros canales, para conquistar así una audiencia determinada y fiel, y maximizar sus beneficios. Aquí entran en juego las empresas publicitarias y los patrocinadores, que querrán hacer llegar sus productos al consumidor/telespectador, y pagan por esto a la cadena de que se trate, la cual, a su vez, tendrá que aumentar su oferta a los clubes titulares de los derechos de imagen para que no los cedan a otras televisiones, porque se repartiría el mercado y bajarían los ingresos por publicidad, que son, como se ve, fuente indispensable de ingresos para todos los implicados.

Es este un proceso primordialmente mercantil, que pone de manifiesto cómo la contratación de derechos de imagen obedece al ejercicio que los clubes hacen de su libertad de empresa (art. 38 CE), dejando al margen planteamientos de servicio público que no pueden sostenerse actualmente, o al menos no con la misma firmeza con que lo hacía la Ley 4/80, reguladora del Estatuto de la Radio y la Televisión.¹⁵

3.2 Derechos de exclusiva y libre competencia

Dicho esto, no hay porqué colegir necesariamente la legitimidad de la situación expuesta. No en vano el artículo 33 de la Constitución somete los derechos económicos a la función social que les asignen las leyes.

¹⁴ Tema sobre el que insistieron en sus comparecencias ante la Comisión del Congreso que debatía el Proyecto de Ley el Director General de Canal+ y el Presidente de la Real Federación Española de Fútbol. Fuente: El País, 10 jun. 97, también El Mundo.

¹⁵ En efecto, el proceso de liberalización de las telecomunicaciones es irreversible. Las sucesivas leyes reguladoras del sector desde la Ley 10/88 que preveía por primera vez en España formas indirectas de gestión del servicio público de televisión.

Ya no estamos ante un nuevo «servicio» a la población; se trata de un importante mercado, en constante expansión, por lo que los principios del libre comercio se encargarán de satisfacer los intereses del usuario. Creemos, en suma, que la telecomunicación debe ser considerada actualmente «un servicio impropio o virtual», es decir, una industria privada sujeta a intervención administrativa en función del interés público. Sobre todo ello es muy ilustrativa la obra de G. ARIÑO, J.M. DE LA CUETARA, J.L. MARTINEZ-LOPEZ MUÑIZ, «El nuevo servicio público», Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1997.

Así, la concentración de todos los derechos en Audiovisual Sport y su posterior cesión a CSD para su explotación a través de esta plataforma por un periodo de cinco años renovable por otros cuatro, ha provocado la desconfianza de la Comisión Europea, que en su informe emitido en cumplimiento del artículo 3 bis 2 de la directiva 97/36 CE, remitido al Congreso el 8 de Septiembre, estima que la duración de la exclusiva obtenida por Canal Satélite Digital es excesiva y revela el propósito de esta cadena de monopolizar un producto de indudable interés para el mercado; práctica incompatible con los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea. Incluso se va más allá al cuestionar la creación misma de Audiovisual Sport: en Bruselas creen que no es imprescindible la concentración de los derechos para conseguir una explotación racional de los mismos, cuyo reparto debería decidirse por negociaciones bilaterales,¹⁶ si bien esto tampoco salva los problemas que surgen por la tardía promulgación de la ley, que ha tenido lugar cuando ya existían contratos perfectos, eficaces y de cuantía económica considerable, y después de que el Parlamento Europeo, en Resolución 326/96 de 22 de Mayo, que sirve de cobertura a la presente Ley, hubiera anunciado la necesidad de garantizar el derecho de acceso de los espectadores a los acontecimientos deportivos de primer orden y concedido a los Estados miembros un plazo de nueve meses para proceder en consecuencia.

Por si fuera poco, el Considerando 20 y el artículo 3 bis de la Directiva 91/36 recomiendan salvar de su aplicación eventuales contratos preexistentes. En esta misma línea, y por lo que hace a nuestro ordenamiento interno, el TDC elaboró en febrero de 1997 un informe, según el cual las exclusivas de derechos de imagen de los clubes de fútbol «fomentan la competencia entre las programaciones de radio y televisión contribuyendo a la mejora de las prestaciones de estos y a dar una satisfacción a los consumidores; y favorecen el desarrollo de los propios acontecimientos deportivos».

El verdadero debate en torno a la norma que analizamos se reduce a una cuestión: ¿es una ley confiscatoria o ley antimonopolio? En la respuesta no subyacen únicamente factores jurídicos, sino también los presupuestos ideológi-

¹⁶ Canal Satélite Digital (Sogecable) se reservaba los partidos más interesantes de cada jornada para su emisión por el sistema de televisión de pago. Las cadenas autonómicas hubieran procedido a elegir en segundo lugar y con un máximo de siete partidos por temporada, a tenor de la cláusula tercera del acuerdo entre A3 TV y la FORTA de 10 de Octubre del pasado año.

Con ello Canal Satélite Digital había consolidado una posición de dominio abusivo al bloquear la entrada en el mercado a cualquier tipo de competencia efectiva, ya que en aquellos momentos no había aparecido aún Vía Digital; el segundo operador en el sistema de «pay per view».

cos acerca del grado de intervencionismo público que en cada momento se tenga por razonable, en otras palabras: decisiones políticas. Sin embargo y por influencia del Derecho Comunitario en esta materia el aparente margen de discrecionalidad queda relativizado como consecuencia del modelo de mercado diseñado por la Unión Europea¹⁷, que se basa en la libre competencia incluso en lo atinente a los servicios públicos. En efecto, del art. 90 TUE que cabe concluir, en el tema que ahora nos ocupa, que no sería legítimo «limitar la capacidad de competir de un operador eficaz para beneficiar a otro que no lo es en la misma medida, con el objetivo exclusivo de alcanzar la justicia social distributiva. Se pretendería introducir ineficaces criterios de justicia en el mercado. si se acepta la economía de libre empresa deben aceptarse sus reglas; cuando se decide jugar deben aceptarse las reglas del juego. Para obtener justicia, en fin, existen otras técnicas más eficaces y apropiadas».¹⁸

Es claro que el TDC podrá siempre conocer de estos asuntos, en su calidad de órgano competente para vigilar el correcto funcionamiento del mercado y la protección de todos los intereses o derechos en presencia, como reconoce la propia Ley al declarar de aplicación subsidiaria la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia (cfr. artículo 7.2 de la Ley 21/97), sin excluir las atribuciones a los poderes públicos para una regulación apriorística del mercado. Así la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 vuelca sobre el legislador ordinario «la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado».¹⁹

Desde este punto de vista, la Ley tiene un evidente efecto antimonopolístico en cuanto aplica las sugerencias del Tribunal de Defensa de la Competencia a la modalidad de pago por visión, sin afectar la exclusividad, ni de las retransmisiones en directo, ni de las emisiones codificadas. La aclaración de este punto disipó los temores de los clubes de fútbol, que veían peligrar sus proyectos deportivos e

¹⁷ A. UREBA: «El ordenamiento comunitario restringe esencialmente las potestades públicas y económicas al conformar un modelo concreto de economía de mercado, de carácter neoliberal, que ciertamente tiene cabida en nuestra Constitución, pero que limita las posibilidades de opción por otros modelos, también posibles en nuestro texto constitucional», «El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas», en *Tratado de Derecho Comunitario*, Col. Civitas, Madrid 1986.

¹⁸ GARCÍA DE COCA, *Informe sobre la proposición de Ley de Comercio*, IEE Madrid, Dic. 1994.

¹⁹ En contra de las limitaciones apriorísticas a la libertad de empresa, G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

incluso su supervivencia, para la cual dependen de los ingresos que obtienen de Audiovisual Sport.

Pese a todo, es obvio que una aplicación retroactiva en grado máximo que dejara sin efecto estos contratos, sería igualmente beneficiosa para los clubes y es, al permitirles elegir al mejor postor entre los dos operadores digitales²⁰, mientras que sólo existía uno en el momento en que firmaron los compromisos que ahora les vinculan. Estamos pues ante una iniciativa que favorece a todos los ciudadanos, estimula el pluralismo audiovisual y abre un abanico de alternativas para los clubes. Son innumerables los precedentes en el derecho comparado²¹ y en el nuestro propio²².

Pero esta es sólo la mitad de la cuestión. Desde el punto de vista de los operadores, en su calidad de contraparte de los clubes, habrá que *descubrir* en qué medida

²⁰ El contenido de la libertad de empresa no sólo se manifiesta en el ejercicio libre del comercio, sino que también supone una garantía de acceso al mercado en condiciones de igualdad (garantía posiblemente destruida al tener Audiovisual Sport la totalidad de los derechos sobre retransmisiones de partidos de fútbol de Liga y Copa durante las temporadas 1998/2003, para su emisión a través de Canal Satélite Digital, quedando así Vía Digital (su único y más directo competidor), así como los canales digitales futuros sin la posibilidad de adquirir oferta futbolística, que supone actualmente una de las más —por no decir la principal— importantes fuentes de ingresos de los programadores de televisión.

²¹ En Estados Unidos por ejemplo se llevó acabo en 1.972 una acción contra varios canales de radio y televisión acusados de combinación y monopolización de programas con respecto a la libre concurrencia, supuesto muy parecido al caso que nos ocupa; recordar también la desintegración de la ATT en las «baby-bells»; o, sin ir más lejos, el requerimiento que el comisario VAN MIERT envió el 21 de Mayo a la Boeing, instándole a reescribir una serie de contratos en exclusiva con American Airlines que apartaban a Airbus del mercado, perjudicando con ello a los consumidores y usuarios. Véase el artículo de A. MUÑOZ ALONSO, sobre «la Ley del fútbol» en el Diario ABC, 2 de Junio del 97, «la razón de ser de estas normas y actuaciones es muy clara. Principios tan importantes como la libertad de empresa y de comercio, la autonomía de la voluntad contractual o la misma libertad de información no pueden amparar situaciones que suponen una alteración fundamental de la libre concurrencia. No vale el criterio de ‘yo llegué primero y por tanto me lo quedo’, porque el juego resultaría falseado cuando se quisiera restablecer la competencia, al final de la vigencia de los eventuales contratos firmados, las ventajas adquiridas haría imposible la igualdad de los concurrentes. Sería como obligar a estos a participar en un campeonato de ajedrez sin reina, torres o alfiles».

²² Recientemente, el Real Decreto-Ley 6/96 de 7 de junio, que en su artículo 4 autorizaba a Retevisión a explotar, como segundo operador de telecomunicaciones, las redes de Telefónica. De un tenor más preventivo, la resolución del Parlamento Europeo que abortó los proyectos de fusión de CSD y VD en septiembre de 1997.

la Ley vincula los derechos preexistentes, y si supone una restricción al contenido esencial de los mismos, como apuntan las sospechas de confiscatoriedad. El caballo de batalla está en la cesión de los derechos de Audiovisual Sport a Canal Satélite Digital. Este acuerdo sí se vería afectado, de aceptar en este punto la retroacción de la Ley, y quedaría alterado en los términos del artículo 6.2º, dictado en garantía del «interés general» que suscitan las competiciones de liga o copa.

4. El título habilitante

4.1 Fútbol e interés general

La relevancia pública del fútbol ya ha sido reconocida por los jueces en alguna ocasión. Es el caso de la SAP Madrid 204/96 de 30 de marzo que en su fundamento jurídico 4º se hace eco de un estudio sociológico sobre el modo de vivir de los españoles en el que el fútbol era considerado como fiesta nacional, en sentido extensivo, gracias a la televisión y como elemento integrador más común entre los españoles de unas y otras regiones [...], todo lo cual pone de evidencia la importancia social que el fútbol tiene en nuestro país y el interés general que suscita entre gran parte de la ciudadanía. Ello no implica, no obstante, que haya de considerarse *per se* interés general, pues su elevación a esta categoría requiere una norma de rango legal que así lo declare.

En efecto, el artículo 103 de la CE establece que «la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales», recayendo la concreción de este concepto jurídico indeterminado en manos del poder legislativo, en su calidad de órgano representativo del pueblo español y depositario de su soberanía.

Tradicionalmente se ha venido discutiendo sobre el carácter declarativo²³ o constitutivo²⁴ del interés general. Sea como fuere, la Constitución deja al legisla-

²³ SÁNCHEZ MORÓN, «Notas sobre la función administrativa en PREDIERA y GARCÍA DE ENTERRÍA», *La Constitución española de 1978*, 1981, pp.644-685, recogiendo la doctrina francesa iniciada por TRUCHET: «Cuando se dice que la Administración sirve los intereses generales, no se está —ni se puede estar— aludiendo a un interés general como concepto abstracto o ideológico distinto ónticamente de la pluralidad de intereses sociales en presencia. Los poderes públicos han de actuar los intereses que emanan de la sociedad, del pueblo en su conjunto como titular de la soberanía; los poderes públicos actúan publicitando —es decir, dotando de medios públicos de gestión y tutela— una serie de intereses sociales concretos.»

²⁴ J. PÉREZ ROYO *Curso de Derecho Político I*, Universidad de Sevilla, 1994: «Las Cortes son libres en la creación de derecho. Tienen el límite negativo de la Constitución, pero positivamente no tienen que buscar el fundamento, el punto de apoyo de su decisión en una norma superior, por el simple hecho de existir pueden decidir, en principio, sobre todo. El

dor la tarea de apreciarlo y utilizarlo para muchos fines distintos. «Entre ellos y muy especialmente para sustraer al libre juego de las fuerzas del mercado la satisfacción de ciertos intereses individuales [...] en el respeto a los derechos que la Constitución garantiza y como resultado de un cálculo de oportunidad.»²⁵

De otro lado, la Directiva 89/552 CEE, en su artículo 3 bis²⁶, insta a los Estados miembros a tomar medidas «para asegurar que los organismos de radiodifusión televisiva sometidos a su jurisdicción no retransmitan de manera exclusiva acontecimientos que dicho Estado miembro considere de gran importancia para la sociedad de manera que se prive a una parte importante de público de dicho Estado la posibilidad de seguir esos acontecimientos, en directo o diferido en la TV de libre acceso. Esto es lo que recoge la ley 21/97 en su artículo 4.

4.1.1 El doble sistema de la ley 21/97

4.1.1.1 Análisis del artículo 4

La ley proyecta su declaración de interés general sobre dos aspectos. Por un lado, «los acontecimientos deportivos que, por su relevancia y trascendencia social, se celebren con periodicidad pero no frecuentemente», con lo que se da cobertura en nuestro ordenamiento a la Directiva Comunitaria 97/36, referida en principio a los acontecimientos de máxima repercusión internacional tales como Olimpiadas, Competiciones UEFA y otras análogas, donde la tendencia a la adquisición de derechos en exclusiva para su retransmisión en «pay per view» no está tan arraigada como en el mercado futbolístico intraestatal, precisamente por la existencia de una *communis opinio* de circunscribir la relevancia pública a esa clase de acontecimientos.

Como ya explicamos, la concreción de lo que en cada caso se habrá de entender por «trascendencia social» se delega en el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, «en la forma que reglamentariamente se establezca», con lo que aparece el riesgo de quebrar el principio de reserva de ley en esta materia. En efecto, no habrá problema si el Catálogo al que se refiere el artículo 4.1 de la Ley 21/97 consiste en una simple lista de carácter enunciativo (se trataría entonces de un acto de *accertamento*, aplicación directa de la ley) pero podría

legislador no tiene porqué interrogarse sobre el fundamento de su actividad, sino únicamente sobre el límite de la misma.» Sobre este asunto es de ineludible consulta GARCÍA DE ENTERRÍA «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en REDA nº 89, pp. 69-89.

²⁵ RUBIO LLORENTE, *El interés general* en Diario El País, 13 jun. 97.

²⁶ Introducida por la 97/36, de 27 de Junio.

también consistir en la precisión ulterior por vía reglamentaria de los criterios enunciados en el artículo 4.2 de la ley. La dificultad para determinar al comienzo de la temporada qué eventos en particular resultarán ser los más interesantes, abre camino a esta fórmula que, sin ser la ideal²⁷, constituye práctica común y pacíficamente admitida por nuestro Tribunal Constitucional²⁸.

Habrán de ser los jueces y tribunales los que, llegado el caso, determinarán el contenido de la declaración de interés general «a los fines que la justifican» (art. 106 CE)²⁹, con ayuda de las distintas técnicas de control de la potestad reglamentaria³⁰.

Resulta curiosa la Disposición Adicional Única (también arts. 4.4 y 4.5), producto de una enmienda transaccional en el Senado que permite a las Comunidades Autónomas determinar los acontecimientos deportivos de interés general en sus respectivos ámbitos territoriales³¹. Este precepto tiene su base en la ambi-

²⁷ En las rondas de comparecencias parlamentarias previas a la elaboración del Proyecto de ley, el presidente de la ACB manifestó su inquietud acerca de tres aspectos: las dificultades que puede crear para la explotación de las exclusivas, la complicación de predecir, con seis meses de adelanto, el «partido de la semana» y las «dificultades técnicas» que acarrearía el acceso de multitud de operadores, cada uno con su equipo técnico, a un recinto reducido como es una cancha de baloncesto.

²⁸ Doctrina del Reglamento como «complemento indispensable» en la ejecución de la ley, SSTC 30. Nov. 82 y 27. Jul. 84.

²⁹ Como observa NIETO, «únicamente gracias a esta conexión y a la posibilidad del control jurisdiccional cobra sentido la declaración del art. 103.1 que, sin esto, sería una mera declaración de intenciones sin contenido jurídico alguno». A. NIETO, *La administración sirve con objetividad los intereses generales*, en Estudios homenaje al profesor García de Enterría, Civitas, 1991, p. 2239.

³⁰ Control de los hechos determinantes, principios generales del Derecho, desviación depoder...Sobre estas técnicas es de obligada consulta G^a DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 444-480.

³¹ SSTC 14 de jul. 81, 22 dic. 81, 28 ene. 82, y en la doctrina, COSCULLUELA, *La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades autónomas*, en el número 89 de la Revista de Administración Pública, 1.979 pp. 7 y ss; MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, 1.979 y *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, 1.982, p. 183 y siguientes; ALBERTI ROVIRA, «*El interés general y las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1.978*», en la Revista de Derecho Político, 18-19, 1.983; PAREJO, *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional*, 1.981 y *algunas reflexiones sobre la STC de 5-8 83*, en el número 9 de la Revista Española de Derecho Constitucional, 1.983; AJA Y CARRERAS, *carácter de las leyes de armonización*, en la Revista de Derecho Político, 18-19, 1.983 y sobre todo, BERMEJO, *el interés general como parámetro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1.985, pp. 391-428. Véase asimismo el voto particular a la STC 102/95, sobre la compatibilidad del interés general «nacional» con su gestión por parte de las Comunidades autónomas.

gua redacción del art. 149.1.27^a CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar «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 y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas». Pero creemos que es excesivo el margen que se les da, por cuanto la enorme amplitud de los criterios legales permitirá a cada una concretarlo a su arbitrio, al no prever la Ley una normativa básica que difícilmente podrá integrarse por vía reglamentaria³². Ello deja latente la posibilidad de una proliferación de retransmisiones en abierto que mermaría el negocio del pago por visión, vulnerando en consecuencia el principio de proporcionalidad exigible a toda reglamentación.

Llama asimismo la atención el inciso final del art. 4.4 de la ley, según el cual «en caso de que ningún operador o programador esté interesado en adquirir estos derechos quedarán sin efectos» las obligaciones que la ley establece respecto de los efectos de la declaración del interés general (retransmitir en directo, en abierto y para el territorio nacional). Ello supone, en la práctica el reconocimiento de una suerte de *interés general claudicante*, cuyo efectivo cumplimiento, se deja en mano de intereses particulares, circunstancia en la cual quedaría desvirtuado uno de los propósitos de la ley (garantizar el derecho a la información³³ de los consumidores y usuarios), amén de conculcar el principio de reserva de ley que en materia de interés general consagra nuestra Constitución con visible insistencia.³⁴ La conclusión inevitable es que NO existe tal interés; habrá otra cosa, interés colectivo, relevancia social, pero no interés público

³² En principio, se exige «como condición formal que la norma básica venga incluida en Ley votada en Cortes» (STC 69/88), por si permiten excepciones en los siguientes supuestos: a) Que no haya legislación postconstitucional y que «de la legislación preconstitucional pueda inferirse cuáles son las bases de la materia en cuestión (STC 32/83); b) Que exista «una habilitación legal y, en segundo lugar, si su rango de reglamentaria viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características» (STC 77/85). Tal vez aquí tenga cabida el Catálogo.

³³ La emisión de este tipo de acontecimientos tiene una indiscutible vertiente mercantil cubierta por la libertad de empresa (art. 53.1 CE) que jurisprudencialmente se ha delimitado en atención a los derechos de expresión e información del 20.1 CE, ya que a través de la TV es como estos derechos pueden desenvolverse en toda su amplitud. Así, la SAP Madrid de 30 de Marzo de 1.996 ha entendido que « el derecho a la exclusiva de contenido puramente económico debe ceder ante el ejercicio del derecho fundamental de informar sobre acontecimientos deportivos futbolísticos, que en nuestro país son de relevancia pública y de interés general.»

³⁴ Cfr. NIETO, *op. cit.*, p.2216; por lo que aquí interesa, el interés general como título habilitante «para condicionar el ejercicio de determinados derechos, permitiendo o no una intervención legal o administrativa».

como elemento útil para incidir restrictivamente en los derechos patrimoniales de quienes promueven ese interés.

Esto por cuanto hace al artículo 4º, cuya aplicación no plantea mayores problemas, en la medida en que no supone una colisión directa con situaciones jurídicas contratadas al amparo de la normativa anterior, como sí sucede con el artículo 5º.

4.1.1.2 Análisis del artículo 5

Con el argumento de que «desde 1963 se ha consagrado, como tradición arraigada, la práctica de retransmitir cada sábado o domingo, en emisión abierta, el partido de fútbol de 1ª División de mayor interés deportivo».(EM Ley 21/97)³⁵, la ley otorga a los operadores o programadores interesados en la retransmisión en abierto del «partido de la jornada» un derecho preferente de elección frente a quienes retransmiten por el sistema de televisión codificada, ya sea una televisión privada de pago o una plataforma digital, que opera como elemento definitorio de la declaración misma de interés general en el supuesto de las competiciones deportivas de liga o copa», al condicionar las obligaciones de retransmitir en abierto, en directo y para todo el territorio nacional «a que haya algún operador o programador interesado en hacerlo». Queda patente la *ausencia de un verdadero interés general* en sentido técnico-jurídico, por las razones ya expuestas, a propósito del artículo 4.4. de la Ley.

El legislador, consciente de la debilidad de sus argumentos, no se ha atrevido a imponer coactivamente las consecuencias que se derivarían de la declaración de interés general. Por el contrario se abandona su cumplimiento a las conveniencias económicas de los programadores, dato que evidencia la ausencia de un verdadero interés jurídico protegible frente a los derechos afectados por esta disposición. El interés general resulta, también aquí, artificioso, toda vez que el legislador se sirve de él para alcanzar unos objetivos, pero lo ignora cuando ha de asumir las correlativas obligaciones, con lo que su fuerza como título habilitante para anteponerse a derechos preexistentes queda desvirtuada. Habrá que buscar entonces fundamentaciones alternativas.

³⁵ En el debate sobre el Dictamen de la Comisión Constitucional (Diario de sesiones del Senado, n°49, p. 2035) «Aquí hay dos leyes en una. La primera ley va hasta el artículo 5 y tiene algunos objetivos que nos parecen razonables. Uno de ellos es garantizar un partido en abierto (...), pero llegamos al artículo 6, que es el que pretende regular el pago por visión de los acontecimientos deportivos, y concretamente los que se refieren a las ligas y copas y, muy especialmente, el fútbol. Creemos que eso no es necesario en esta ley porque impide la existencia de derechos exclusivos en la citada modalidad de teledifusión, discriminándola negativamente».

4.2 Derecho a la información deportiva

La AP de Madrid tuvo ocasión de pronunciarse sobre el fútbol como objeto del derecho a la información en su Sentencia de 30 de marzo de 1996, configurándolo como un «derecho fundamental [...] que, en nuestro país, es de relevancia pública y de interés general.»

Pero he aquí que la Ley reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos incluye dentro del concepto de información deportiva que maneja *dos realidades distintas*: En su artículo 2 hace referencia a lo que podemos configurar como derecho de libre acceso de los medios de comunicación social a los estadios y recintos deportivos para «la emisión por televisión de breves extractos, libremente elegidos, en telediarios», extractos cuya duración máxima fija en tres minutos por cada competición. Más adelante, en el artículo 4 y en el artículo 5 impone a los operadores y programadores de televisión que las competiciones y acontecimientos deportivos declarados por el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas como de interés general han de ser retransmitidas en abierto y para todo el territorio nacional, incluyendo dentro de estas competiciones y acontecimientos deportivos un encuentro por cada jornada de liga o copa.

Estamos pues ante dos supuestos bien distintos que nos remiten a un análisis sobre lo que ha de entenderse por información en el sentido del artículo 20.1 de la Constitución³⁶, esto es, «a estar informado de forma veraz y completa sobre los hechos de actualidad» (STS 23 nov. 1983).

³⁶ La confusión que podría generarse aquí deriva de la ubicación y contenido del artículo 7.1 de la Ley, que parece proyectarse sobre los preceptos anteriores, incluyéndolos en la denominación de derecho fundamental a la información deportiva. En materia de derecho a la información el Tribunal Constitucional ha dictado numerosas sentencias y, aunque lo ha configurado atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, ha dejado entrever una serie de criterios que permiten acercarnos a la noción que aquí nos planteamos. Así, en primer lugar exige que la información dada al público sea veraz y en segundo término que dicha información tenga relevancia pública, es decir, que su contenido tenga una proyección social y que, por lo tanto, sea merecedor de ser difundido a la colectividad. Estos dos criterios han servido al Tribunal para anteponer el derecho a ser informados a derechos «tan fundamentales» como el derecho al honor o a la intimidad personal y familiar. Decimos tan fundamentales porque en definitiva el conflicto se plantea con la libertad de empresa (en la que determinadas sociedades adquirieron unos derechos en exclusiva sobre los equipos que conforma la Primera y Segunda División del Fútbol Nacional), libertad que se recoge en la Sección 2ª del Título I y que, con más razón, debiera ceder ante el contenido del artículo 20, que se ubica en la Sección 1ª. Ahora bien, todo depende, como señalamos anteriormente, de qué sea lo que recoge este artículo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han integrado contenidos en lo que a la información se refiere, conectados

Parece indiscutible que el derecho al libre acceso que recoge el artículo 2 de la Ley obedece a esta necesidad. Así lo ha constatado la Audiencia Provincial de Madrid, con razonamientos que suscribimos plenamente. Sería absurdo ignorar el hecho de que el deporte, y concretamente el fútbol, no son noticia en España. Para afirmar que un determinado evento es noticia no es necesario acudir a conceptos de carácter jurídico, sino fáctico, y es la realidad misma la que nos ofrece los datos necesarios para comprender que, no todos, pero sí una gran parte de los españoles, demandan información futbolística. Sirvan a título ilustrativo las cifras que mencionábamos en la Introducción. No hay que olvidar que estamos haciendo referencia a este deporte, no como entretenimiento (ahora vamos sobre eso), sino como información recogida a nivel constitucional y, por ende, extensible a las relaciones entre particulares, pudiendo ser incluso reivindicada frente a ellos, y la Ley 21/97 viene a dar ese respaldo normativo, en el sector de la información, a una de tantas materias —el deporte— cuya promoción incumbe al legislador.

Llegados a esta primera conclusión, debemos hacernos la misma pregunta en relación con «el partido por jornada de interés general» de las competiciones de liga y copa. Entramos de lleno en la consideración del fútbol como mero entretenimiento y, en este sentido, la Ley ha venido a entender (según enunciamos antes, por la ubicación y contenido del artículo 7.1 de la Ley) que es derecho a la información deportiva el disfrutar de un partido en abierto y en directo por jornada.

4.3 Derecho al ocio en el art. 43.3 CE

Tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en la Sentencia de la Audiencia Provincial anteriormente citada no existe un solo párrafo que nos lleve a entender que un partido de fútbol en su totalidad es información jurídicamente protegible. Ésta queda más que garantizada con los programas resumen a los que se refiere el artículo 4. Un partido de fútbol de liga o copa (aparte los de la selección española o de un equipo español representando a nuestro país en competiciones europeas), en definitiva, no es más que espectáculo promovido por particulares, es mero entretenimiento, como tantas otras manifestaciones cultura-

en su mayoría con la formación de la opinión pública libre, el pluralismo político, la educación... con la idea, en suma, de crear un flujo de posibilidades de conocimiento para que los seres humanos puedan, por sí mismos, dar la respuesta que quieran a las cuestiones que le plantea, tanto su desarrollo individual, como en sociedad. Es indudable que el artículo 20 ha consagrado un verdadero y propio derecho del público a la noticia, «a estar informado de forma veraz y completa sobre los hechos de actualidad», concepción defendida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 23 de Noviembre de 1.983.

les que no deben ser sustraídas de su vertiente empresarial en atención al solo criterio de la audiencia. El derecho al ocio, al relacionarse con el comportamiento de una determinada sociedad en un determinado momento, no resulta lo bastante fiable como para integrar el contenido de un derecho fundamental. Sorprende entonces comprobar que éste es el único artículo de la ley aprobado por unanimidad por todos los partidos, sabedores del coste político que hubiera supuesto no apoyarlo³⁷.

Los principios rectores de la política social y económica no otorgan un derecho directo a los ciudadanos, configurándose tan solo como meras pautas programáticas de la acción de los poderes públicos. Habrán de ser fomentados en la medida de lo posible, o lo que en cada caso sirva a los planteamientos ideológicos del gobierno de turno. Pero de la protección que les otorga el artículo 53 de la Constitución no puede entenderse que los principios rectores habiliten al legislador para configurar el contenido de derechos fundamentales, mucho menos de manera restrictiva. El artículo 5 de la Ley, tiene su fundamento en el artículo 43.3 de la Constitución, que proclama como principio de rector de la política social y económica el deber de los poderes públicos de fomentar la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio, concretando así el mandato general contenido en el 9.2 de la Constitución de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Esto es perfectamente admisible si se tratara de una regulación *pro futuro*,

³⁷ Sin ir más lejos la SAP Madrid, aludiendo el estudio sociológico que le sirvió de base, indicaba «que la afición al fútbol crece según se desciende por la pirámide ocupacional: un 32% de las personas ocupadas en posiciones modestas siguen siempre el fútbol por televisión mientras que en el estrato profesional y directivo ese porcentaje se reduce a la mitad (FJ 4º), argumento válido para delimitar los derechos a la propiedad privada en atención al derecho a la información deportiva, que no es aquí el caso. El derecho a la información es un derecho fundamental encuadrados en la sección primera del capítulo 2º del título 1º de la Constitución junto a los demás ‘derechos fundamentales cuyo ejercicio a considerado imprescindible el constituyente para la identificabilidad del sistema político, de ahí que también haya dispuesto para ello las mayores garantías con el fin de asegurar su respeto inmediato’ (vinculación a todos los poderes públicos, aplicación inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo, reserva de la Ley formal y posibilidad de recursos directos ante el Tribunal Constitucional y los Tribunales Ordinarios), y por eso se antepone ante otros derechos (por lo que aquí respecta la libertad de empresa y el derecho de propiedad contenido en la sección segunda que otorga a un nivel de protección más atenuado), como han destacado las SSTC 320/94, de 28 de Noviembre; 22/95, de 30 de Enero y las que en ellas se citan».

pero la existencia de derechos adquiridos con anterioridad aumenta el riesgo de regulaciones digamos «desconsideradas», que pueden traducirse en la ablación de derechos preexistentes prohibida por los artículos 9.3 y 33.3 de la Constitución, reflexión ésta que engarza directamente con el próximo bloque de nuestro estudio, en el que nos proponemos desentrañar el alcance real de la retroacción de la Ley.

5. La retroactividad en la ley 21/97

5.1 El principio de irretroactividad en el 9.3 CE

La DT única de la Ley 21/97 dispone que «las modificaciones contractuales que pudieran derivarse precisarán de acuerdo entre las partes implicadas, sin que en ningún caso pueda el Estado asumir, directa o indirectamente, la compensación de perjuicios económicos». Esta redacción sugiere una retroacción moderada³⁸, pacíficamente admitida en nuestra jurisprudencia³⁹, puesto que el art. 9.3 CE no prejuzga la retroactividad en sí misma⁴⁰, sino que la configura como un instru-

³⁸ La prohibición del 9.3 CE solo alcanza a la *retroactividad de grado máximo*, definida por la doctrina como el fenómeno que ocurre cuando «la ley nueva se aplica a la relación o situación jurídica básica, creada bajo el imperio de la ley antigua y en cuanto a todos sus efectos, lo mismo consumados que no consumados». DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, 8ª edición, p. 117.

La STC 42/86 (también SSTC 43/82, 227/88, 42/86, 108/86...) es tajante: «Lo que prohíbe el art. 9.3 CE es la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que exista alguna modificación, han de recibir.»

³⁹ Pese a los argumentos esgrimidos desde los sectores afines al gobierno en el sentido de que sólo es retroactiva la ley que así lo dispone expresamente (conforme a la regla tradicional 2.3ª del CC), doctrina y jurisprudencia convienen en admitir la retroactividad implícita, definida en la STS 23 feb. 60 como «aquella que, aun no declarada expresamente, no puede ser discutida cuando la ley revela de modo claro e indudable que para su aplicación se le ha de dar aquel efecto de modo necesario. De igual manera, el Dictamen CE 12 jul. 68, «que no ofrezca duda el propósito del legislador de que la misma tuviera efecto retroactivo».

⁴⁰ La noción de retroactividad no es una aportación genuina de nuestro constituyente. La necesidad de respetar los derechos preexistentes va ínsita en los principios ordenadores decualquier ordenamiento jurídico, sin que ello suponga a priori una congelación incompatible con la elasticidad que aquél, por su vocación de permanencia, requiere. Lo que sí es destacable es la elevación de este principio al rango constitucional, por cuanto supone una limitación al poder soberano en el sentido de la regla tradicional «las leyes no tendrán efecto

mento político de ordenación social, plenamente legítimo, que no obstante, por las exigencias de la seguridad jurídica, queda acotado en un doble ámbito:

a) Límite formal: el término «disposiciones» en el artículo 9.3 CE ha dado lugar en la doctrina a un intenso debate entre López-Menudo⁴¹ y García de Enterría⁴² acerca de si la prohibición de retroactividad alcanza sólo a los reglamentos o también a las leyes formales. No obstante, esta polémica pierde su razón de ser desde el punto de vista práctico, a la luz de la doctrina del Tribunal europeo de Justicia del *Vertrauensschutz* o principio de protección de la confianza legítima, que matiza el dogmatismo inicial de nuestro Alto Tribunal (STC 20/82), estableciendo que lo fundamental es el respeto a «la situación jurídica preexistente, sea cual sea la naturaleza de la disposición»⁴³, lo cual nos conduce al

b) Límite material: el art. 9.3 CE proscribía la retroactividad cuando ésta implique restricción de derechos individuales⁴⁴, en consonancia con el artículo 33.3, en donde se garantiza que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización de acuerdo con lo que dispongan las leyes.»

5.2 Retroactividad y expropiación. Alcance real de la Ley 21/97

La cuestión se centra pues en averiguar si la «Ley del Fútbol» respeta este principio, o por el contrario es inconstitucional por confiscatoria. Para ello, debemos acudir al artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa (también el art. 1 del Reglamento), que desarrolla el 33.3 CE en los siguientes términos: «Se entenderá

retroactivo si no dispusieran lo contrario» (2.3 del Código Civil). El problema estriba en que no hay en nuestro ordenamiento ningún precepto que defina conceptualmente la retroactividad. El legislador no ha querido maniatarse de cara al futuro y la jurisprudencia constitucional, constreñida en este punto por su afán de buscar la justicia del caso concreto, ha venido echando mano de cuantas teorías estuvieron a su alcance para atenuar el artículo 93 de la CE. en lugar de ofrecer unas pautas interpretativas más estables y homogéneas, como creemos es su cometido.

⁴¹ LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*, Universidad de Sevilla, 1982; y «*El principio de irretroactividad en la jurisprudencia constitucional*», en *Estudios Homenaje a García de Enterría*, Ed. Civitas., 1991.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, «Curso de Derecho Administrativo», Octava Edición, Civitas 1997, pp. 81-90.

⁴³ SS 13 jul. 65, 8 jun. 77, 28 oct. 62 y 17 abr. 86, entre otras.

⁴⁴ Sobre el concepto de derechos individuales, véase LÓPEZ-MENUDO, *El principio de irretroactividad en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., pp. 486-492.

comprendida [en la expropiación] cualquier forma de privación⁴⁵ singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos⁴⁶, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, *acordada imperativamente*, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio⁴⁷.

El texto final de la Disposición Transitoria es resultado de la enmienda 42 de Izquierda Unida en sustitución del texto primitivo. Para atenuar las consecuencias indemnizatorias de la retroactividad máxima que preveía el proyecto de ley inicial IU planteó en primer término una solución intermedia que pasaría por mantener la aplicación de los contratos vigentes durante un plazo de carencia de un año, a partir del cual se permitiría que todos los operadores pudieran acceder a los partidos en una especie de subasta. Pero esto no hubiera supuesto sino diferir el momento de la obligación de indemnizar, ineludible en defecto de pronuncia-

⁴⁵ El TC ha venido apreciando la inconstitucionalidad de cuantas medidas constreñían el contenido esencial del derecho de propiedad. Buena prueba de ello son las SSTC 108/86 37/87 o 227/88. Esta última siguiendo la línea elaborada por las anteriores distingue en su FJ 11 dos supuestos:

1º. «Una verdadera expropiación o privación indemnizable que sería la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales acordada imperativamente por los poderes públicos por causas justificadas de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del 33.3 que concurra al dato de la privación característica de toda expropiación, es decir la sustracción o ablación de un interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos. Admitiendo la exclusividad en la tenencia de derechos de imagen como parte esencial de un contrato de esta índole la eliminación de esta nota supondría de un modo u otro una sustracción de derechos, por mucho que quisiera acudirse al segundo supuesto de delimitación a la propiedad que el TC admite, que es la llevada a cabo según su función social.⁴⁵ La ausencia de indemnizaciones no se justifica entonces porque así lo declare la disposición transitoria de la ley sino porque ésta no es en sí retroactiva. Doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo la retroactividad implícita definida por la STS 23.Febrero.60 como «aquella que aún no declarada expresamente, no puede ser discutida cuando la ley revela de modo claro e indudable que para su aplicación se le ha de dar aquel efecto de modo necesario. (asimismo, el Dictamen CE 12 Julio 68, «que no ofrezca duda el propósito del legislador de que la misma tuviera efecto retroactivo.

⁴⁶ La amplitud con que está redactado este artículo nos permite desestimar, *prima facie*, el manido argumento que se ha venido esgrimiendo en defensa de la ley, en el sentido de que esta no podía ser expropiatoria porque sólo afecta a expectativas de derechos. Veremos que efectivamente no es, en nuestra opinión, una ley expropiatoria, pero no por este motivo.

⁴⁷ La tesis aún defendida por G^a DE ENTERRÍA sobre la «transferencia coactiva de la propiedad» como medida *delimitadora* —y por tanto no sometida a indemnización— de la misma entendemos que tampoco es admisible, al tener cabida en esta enumeración por simple aplicación extensiva del artículo.

miento del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los contratos en vigor. De la DT, en su redacción definitiva, se deduce una *voluntad de actuar retroactivamente, pero no de imponerse*, con lo que teóricamente, CSD podría negarse a negociar sus derechos ya que la ley no le obliga expresamente a ello. Tan sólo dispone que «si transcurrido un año desde la entrada en vigor de la presente ley no se alcanzan acuerdos según lo previsto en esta DT el CERD emitirá en el plazo de seis meses informes preceptivos al Gobierno y a la Comisión de Educación y Cultura del Congreso de los Diputados, sobre la adecuación de la situación a la nueva legislación y efectuará de oficio las «oportunas recomendaciones» a los respectivos titulares de los derechos.

Con esta cláusula, la ley renuncia a su fuerza vinculante respecto de los contratos existentes. Más bien «sugiere» a los titulares de los derechos que negocien con los operadores las condiciones de la oferta y el abono de una contraprestación económica, bajo los principios de publicidad, libre concurrencia y en atención a los criterios enunciados en el artículo 6.2 de la Ley, a saber:

- a) Estabilidad económica de los clubes y sociedades anónimas deportivas.⁴⁸
- b) Viabilidad de la competición.
- c) El interés de los usuarios.
- d) Las condiciones de la retransmisión y la franja horaria de emisión.
- e) La importancia del acontecimiento, competición o espectáculo deportivo.

Pero ni se establece un régimen temporal que adecúe progresivamente esos contratos a la nueva regulación ni se impone en todo caso esta última, quedando así en manos de la voluntad de los operadores el someterse a ella o no, con lo que se salva el requisito de imperatividad que el artículo 1 de la LEF exige a los actos expropriatorios.

Formalmente, pues, carecen de sentido las voces que reclaman una indemnización; y es más, no será tan aberrante el objetivo perseguido cuando CSD, podría decirse que el principal afectado, manifestó su voluntad de no agotar el plazo de un año que la DT establece para la renegociación de las exclusivas, impulsados en primer lugar por el contencioso que mantienen con Telefónica sobre la tenen-

⁴⁸ La redacción definitiva es producto de una enmienda de Izquierda Unida que provocó un pequeño incidente al confundir el texto final refiriéndose a los titulares de derechos en vez de a los clubes y Sociedades Anónimas Deportivas. La diferencia no es baladí, puesto que de este modo se garantizan las cantidades prometidas a los clubes, debiendo las sociedades tenedoras de los derechos soportar las cargas de la renegociación. La enmienda fue votada por el PP, IU (salvo las dos de IPC) y CIU.

cia de los derechos⁴⁹. Por otro lado, a tenor de las advertencias que en este sentido suponen los informes del TDC y el dictamen de la comisión europea, en los que se cuestionan la compatibilidad de exclusivas tan prolongadas con los artículos 85 y 86 del tratado de la UE, no parece que fuera muy inteligente seguir manteniéndole el pulso al Gobierno, máxime cuando la apertura del contrato implicará con toda seguridad un nuevo aumento de las cifras.

Tras la entrada en vigor de la Ley, los obligados acuerdos entre todas las partes implicadas han desembocado paradójicamente, o quizás no tanto, en la modificación de las circunstancias que motivaron su promulgación. Pero lejos de alcanzar todavía un verdadero punto de entendimiento, los distintos operadores parecen haber parcheado la situación hasta el año 2003, fecha en que, si las cosas siguen como están (algo poco probable, habida cuenta del vertiginoso desarrollo del mundo de las telecomunicaciones), posiblemente resurja con toda su intensidad esta lucha empresarial que de modo tan periodístico hemos bautizado como «guerra del fútbol», y que por otra parte nadie puede ganar, dada la naturaleza de las competiciones de liga, en la que todos los equipos se enfrentan a todos. Hasta entonces, la tranquilidad actual es sólo aparente.

⁴⁹ Telefónica es accionista mayoritario de Vía Digital, plataforma operativa desde el pasado 15 de Septiembre y que habría estado condenada a ser un negocio nonato sin la posibilidad de retransmitir fútbol en pago por visión, por ello cuando se hizo con el 40% de Audiovisual Sport a través de la compra de Antena 3 su primer objetivo fue dejar sin efecto la cesión en exclusiva que AS había hecho a favor de CSD. Actualmente está pendiente de pronunciamiento judicial la titularidad de esos derechos; se trata, en una palabra, de determinar si A3TV (ahora telefónica) sigue siendo propietaria de los derechos de los doce clubes con los que contrató, o si los perdió a cambio de su participación en la gestión común que de todos los demás derechos hacia a ese. Sogecable, por su parte, interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del Ministro de Fomento de 24 jul. 97 por la que se autoriza la compra de A3 TV por parte de telefónica, alegando vulneración del artículo 19.2 de la Ley de Televisión Privada.