

LA TELEVISIÓN DIGITAL Y EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: REFLEXIONES EN TORNO A UNA POLÉMICA TRANSPOSICIÓN

Por JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (*)

SUMARIO

I. ASPECTOS GENERALES: PRIMEROS PASOS HACIA UNA POLÍTICA AUDIOVISUAL EUROPEA.—II. LA DIRECTIVA 95/47/CE SOBRE EL USO DE NORMAS PARA LA TRANSMISIÓN DE SEÑALES DE TELEVISIÓN: 1. OBJETIVOS Y NORMAS GENERALES; 2. REGULACIÓN DE LA TELEVISIÓN DIGITAL EN ACCESO CONDICIONAL.—III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/47/CE AL DERECHO ESPAÑOL: 1. LIBERTAD DE ELECCIÓN DE FORMA Y MEDIOS DE TRANSPOSICIÓN; 2. LA TÉCNICA DEL DECRETO-LEY; 3. EL CONTENIDO MATERIAL DEL DECRETO-LEY. 3.1. *Normas técnicas básicas*; 3.2. *Facultades de control y régimen sancionador*; a) Necesidad de autorización; b) Creación de un registro; c) Lucha contra el abuso de posición dominante en el mercado; d) Resarcimiento por incumplimiento y fianza; e) Régimen sancionador; f) Plazo de adaptación. 3.3. *Modificación del tipo del IVA aplicable*. 4. LA CONVERSIÓN DEL DECRETO-LEY EN LEY. IV. ESPECIAL PROBLEMÁTICA DE LA EMISIÓN DE LOS PROGRAMAS DEPORTIVOS. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. ASPECTOS GENERALES: PRIMEROS PASOS HACIA UNA POLÍTICA AUDIOVISUAL EUROPEA

El trepidante desarrollo de las tecnologías de las comunicaciones ha hecho brotar en todo el mundo el germen de una nueva revolución indus-

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja. Titular de la Cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario.

trial que, como sus predecesoras, está empezando a provocar profundas transformaciones que abocan las actuales estructuras socioeconómicas hacia lo que ya ha sido internacionalmente bautizado como la «sociedad global de la información». En ella, el uso combinado de la informática, la fibra óptica y las comunicaciones vía satélite ha permitido la rápida irrupción de fenómenos como *internet*, el video a la carta o la televisión interactiva que desbordan con creces los parámetros jurídicos clásicos y desencadenan un imparable proceso de internacionalización de unas comunicaciones que no entienden de fronteras (1). Esto conduce obviamente a una incuestionable necesidad económica y jurídica de intervención más allá del plano estrictamente estatal (2).

Con todo, la necesidad objetiva de intervención comunitaria en el sector audiovisual ha encontrado desde un principio su primer obstáculo en la falta de una atribución expresa de competencia en el Tratado, lo que conlleva la inexistencia de un poder comunitario general para adoptar todos

(1) A este respecto son ya abundantes las obras recientes que, sin ofrecer excesivas respuestas, plantean un amplio abanico de interrogantes sobre cuestiones que reclaman pronta regulación. Véase a título de ejemplo BAILES, Andrew.: *Multimedia in the Home: Changing Technology in a Changing Market*, Ed. Telecoms & Media Publishing, Londres 1996; BEKKERS, Victor/BERT-JAPP KOOPS, Jacques/NOUWAT, Sjaak (coord.): *Emerging Electronic Highways: New Challenges for Politics and Law*, Ed. Kluwer, La Haya 1996; KESL, Thomas: *Multimedia in the Street: A Revolution in Selling and Customer Service?*, Ed. Telecoms & Media Publishing, Londres 1996.

(2) El Libro Blanco *Crecimiento, competitividad y empleo: retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, presentado en diciembre de 1993 por el entonces Presidente de la Comisión, Jacques Delors, al Consejo Europeo de Bruselas, subraya la relevancia de avanzar hacia la *sociedad de la información* como elemento irrenunciable para alcanzar los retos objetivos que dan título al documento, COM (93) 700, final, cap. V, puntos A y C. Para su articulación concreta ese mismo Consejo Europeo encargó a un grupo de expertos, presidido por el comisario Bangemann, la elaboración de un informe que, bajo la denominación *Europa y la sociedad global de la información*, recomendaba al Consejo Europeo de Corfú medidas comunitarias específicas en el ámbito de las infraestructuras de la información, COM (94) 347 final.

Incluso la Conferencia del G-7, en su reunión del 25 y 26 febrero de 1995 en Bruselas, abordó los retos que plantea la sociedad global de la información y constató la necesidad de coordinar las acciones en la materia y asumir conjuntamente iniciativas que incentiven las inversiones, favorezcan la libre competencia, protejan adecuadamente los datos personales y promuevan la realización de acciones de carácter universal; vid. «Les résultats de la Conférence ministérielle du G-7 sur la société de l'information» (Europe Documents) *EUROPE-Agence internationale d'information pour la presse*, 27.2.1995, núm. 1923: 1-9.

los actos necesarios para lograr una política audiovisual global. Fue el Tribunal de Justicia quien con una interpretación generosa anticipó en la década de los setenta la consideración de la televisión como una prestación de servicios en el sentido del artículo 60 TCE (3) con lo que, de forma correlativa, atribuía a la Comunidad competencia para coordinar mediante directivas las disposiciones nacionales sobre la materia (art. 57.2 en relación al art. 66 TCE). En realidad, una vez superado el hito histórico que supuso la adopción de la capital y polémica directiva «televisión sin fronteras» (4), sigue siendo el TJCE quien sustenta en lo básico la intervención comunitaria en la materia (5). Baste recordar que la introducción expresa, realizada por el TUE, del «sector audiovisual» en el artículo 128 TCE se concibe más como una rémora a la actuación comunitaria que como una verdadera atribución de competencia (6). De hecho, la ya citada directiva «televisión sin fronteras», cuya dificultosa reforma parcial resulta inminente (7), seguirá amparándose en idéntica base legal a la

(3) TJCE sentencia de 30.4.1974, as. 155/73 *Sacchi*, Rec. 1974, pp. 409 y ss. (p. 428, fto. 6).

(4) Directiva 89/552/CEE de 3.10.1989, para la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las actividades de radiodifusión televisiva, DOCE L 298 de 17.10.1989, pp. 23-30. Sobre ella vid. *in extenso* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La directiva de televisión: fundamento jurídico, análisis y transposición al Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid 1995; *ibidem*: *Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das Fernsehen*, Universität des Saarlandes, Saarbrücken 1991; *ibidem*: *Die Fernsehrichtlinie*, Ed. Peter Lang, Frankfurt-Viena-Nueva York-Berna 1995.

(5) El criterio mantenido en el asunto *Sacchi* ha sido mantenido sin fisuras en la jurisprudencia posterior extendiendo a todos los tipos de emisiones televisivas, incluidas las emisiones vía satélite y cable; TJCE sentencia de 18.3.1980, as. 52/79 *Debauve*, Rec. 1980, pp. 833 y ss. (p. 855, fto. 8); sentencia de 26.4.1988, as. 352/85 *Bond van Adverteerders*, Rec. 1988, pp. 2085 y ss. (p. 2137, tenor primero de la sentencia); sentencia de 18.6.1991, as. C-260/89 *ERT*, Rec. 1991, pp. I-2925 y ss.; sentencia de 25.7.1991, as. C-353/89 *Comisión/Países Bajos* y as. C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Rec. 1991, p. I-4007 y ss., especialmente ftos. 9 a 16.

(6) Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La atribución de competencia en materia cultural (art. 128 TCE)», *Revista de Instituciones Europeas* 1995, pp. 171 y ss., especialmente pp. 181-187.

(7) La reforma de la directiva, prevista en su artículo 26, se tramita actualmente mediante el procedimiento de codecisión y queda pendiente de acuerdo en el seno del Comité de Conciliación previsto en el artículo 189B TCE; vid. propuesta inicial de la Comisión en COM (95) 86 final de 31.5.1995, pp. 54-66; Dictamen del Parlamento Europeo de 14.2.1996, DOCE C 65 de 4.3.1996, p. 113; Posición común del Consejo de 8.7.1996, DOCE C 264 de 11.9.1996, pp. 52-60; Propuesta modificada de la Comisión en COM (96) 626 de 4.12.1996.

existente con anterioridad al TUE y continuará erigiéndose en el instrumento jurídico básico para el aseguramiento tanto de una efectiva libertad de circulación de los servicios televisivos, como de la coordinación de las disposiciones nacionales sobre cuotas para programas de procedencia europea y de productores independientes, publicidad, patrocinio, protección de menores y derecho de réplica. Baste recordar que, a la postre, también será la sede de la regulación que dirima la ardiente polémica desencadenada recientemente sobre la consideración de las retransmisiones por televisión de determinados acontecimientos deportivos como hechos de interés general vedados, en su caso, a las emisiones de televisión que no lo sean en abierto.

No obstante, junto a ella y sus normas de acompañamiento (8) existe un segundo bloque de acciones encaminadas a fomentar la industria audiovisual europea y a liberalizar las infraestructuras de las telecomunicaciones cuya base jurídica ha sido tan diversa (art. 57, 100A, 130, 235, etc.) como controvertida, mas su consecuencia final es indudablemente la progresiva configuración de una red normativa que, paliando la falta de una atribución de competencia más amplia, pretende engendrar una auténtica política audiovisual comunitaria. Entre estas acciones destacan con luz propia los programas MEDIA I (1991-95) (9) y II (1996-2000) (10), el marco estratégico global para la introducción en Europa de la televisión de alta definición (11) y las normas sobre competencia en los servicios de telecomunicación (12).

(8) Así, por ejemplo, la directiva 93/83/CEE del Consejo de 27.9.1993 para la coordinación de determinadas disposiciones sobre derechos de autor en relación a la televisión por satélite y retransmisión por cable, DOCE L 248 de 06.10.1993, p. 15.

(9) Decisión 90/685/CEE de 21.12.1990 del Consejo sobre la ejecución del Programa MEDIA, DOCE L 380 de 31.12.1990, pp. 37-40.

(10) Decisión 95/563/CE de 1.7.1995, DOCE L 321 de 30.12.1995, p. 25 y Decisión 95/564/CE de 22.12.1995.

(11) Decisión 89/337/CEE y 89/630/CEE, DOCE L 142 de 25.5.1989. Como referencias doctrinales básicas sobre este complejo fenómeno sirva citar las siguientes: CARPENTIER, M.: «Télévision haute définition: du laboratoire au marché», en *Revue de Marché Commun* 2/1990, pp. 111-116; MESSERSCHMIDT, U.: «Produktions- und Sendenormen für hochauflösendes Fernsehen (HDTV)», en *Media Perspektiven* 7/1985, pp. 558-560; REINERS, U.: «Verbesserte Fernsehsysteme - die Alternativen», en *Media Perspektiven* 2/1990, pp. 61-76, especialmente pp. 61-76; WIJDEVELD, H. R. M.: «De invoering van HDTV in Europa», en *Media-Forum (Tijdschrift voor Media - en Communicatienrecht)* 9/1990, pp. 88-90; ZIEMER, A.: «HDTV - Produktion und Nutzungsaspekte», en *Media Perspektiven* 7/1985, pp. 556-557.

(12) Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicación, DOCE L 131

La propia directiva sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, objeto del presente estudio, se incardina claramente en esa política y bajo su corteza de apariencia meramente técnica y políticamente irrelevante se esconde una de las materias comunitarias de mayor enjundia económica y hasta jurídica del Derecho Comunitario. Ello, unido a la desproporcionada polvareda mediática que ha provocado su transposición en nuestro Estado justifica con creces un análisis de su contenido material (II) que, partiendo de una primera exégesis de las normas generales [1] y centrándonos básicamente en la regulación de la televisión digital de acceso condicional [2], sirva de trampolín para abordar tanto la polémica transposición realizada al ordenamiento español a través de la técnica del decreto-ley (III), como la no menos problemática tramitación del mismo conforme al procedimiento de urgencia prevista en el artículo 86.3 de la Constitución. Para finalizar se tratará la controversia que plantea la emisión televisiva de programas deportivos (IV).

En todo caso, sirva recordar que el análisis de estas cuestiones, aunque inspirado en un irrenunciable espíritu crítico, está circunscrito al ámbito jurídico, tratándose de obviar dentro de lo posible el ingente cúmulo de consideraciones extrajurídicas que envuelven la cuestión.

II. LA DIRECTIVA 95/47/CE SOBRE EL USO DE NORMAS PARA LA TRANSMISIÓN DE SEÑALES DE TELEVISIÓN

1. OBJETIVOS Y NORMAS GENERALES

A principios de la década de los noventa la visión de una futura incorporación de la tecnología digital a la televisión hacía presagiar una multiplicación exponencial del número de canales e información transmitida, lo que se consideraba el detonante de una profundísima transformación del paisaje audiovisual europeo. Por ello, en 1992 la Comunidad para dar réplica a la entonces aún incipiente tecnología semidigital y completar el objetivo de una televisión de alta definición propia, fijó un marco reglamentario de normas aplicables a los servicios avanzados de difusión de televisión basado en la norma HD-MAC para la televisión de alta de-

de 27.5.1988, pp. 73-77; Directiva 90/388/CEE de la Comisión de 28 de junio de 1990 sobre competencia en el mercado de servicios de telecomunicación, DOCE L 192 de 24.7.1990, pp. 10-16.

finición no totalmente digital y en la norma D2-MAC para las transmisiones en formato ancho 16:9 y tampoco totalmente digitales (13).

Con todo, la evolución del mercado y los rápidos cambios tecnológicos pronto permitieron una plena utilización de sistemas totalmente digitales (14), lo que obligó al legislador comunitario a derogar el marco inicial y sustituirlo por el que crea la actual directiva 95/47/CE (15). La regulación se hacía tanto más perentoria en cuanto que los sistemas de acceso condicional, previo pago del correspondiente canon, permiten una variada selección en la entrada de señales en el receptor terminal, pero reclama, a la par, una adecuada normalización y protección de los agentes afectados, fundamentalmente proveedores, consumidores y titulares de los derechos de los programas.

Así, la directiva, cuyo fundamento último es establecer normas comunes para la transmisión digital de señales de televisión antes de la introducción efectiva en el mercado de los servicios de televisión digital, así como favorecer la libre competencia, exige a los Estados miembros, desde su mismo pórtico, la adopción de las «medidas necesarias para fomentar el desarrollo acelerado de servicios avanzados de televisión (...), los servicios de televisión de alta definición y los servicios de televisión que utilicen sistemas de transmisión totalmente digital» (art. 1). Tres son, pues, los objetivos que subyacen a la directiva: el progresivo abandono de la tecnología analógica en televisión, avanzar en la introducción de una televisión de alta definición basada en la norma europea de 1250 líneas e intentar digitalizar totalmente los sistemas de transmisión.

Por otro lado, un complemento ineludible en la transición de la tecnología analógica a la digital es la progresiva sustitución del clásico formato de pantalla de proporción 4:3 por uno nuevo más ancho con unas dimensiones universalmente aceptadas de proporción 16:9 (16). De este

(13) Directiva 92/38/CEE del Consejo de 11.5.1992 sobre la adopción de normas para la difusión de señales de televisión vía satélite, DOCE L 137 de 20.5.1992, p. 17.

(14) Cfr. AAVV: *European Digital Television*, Ed. Baskerville Communications, Nueva York 1996.

(15) Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24.10.1995 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, DOCE L 281 de 23.11.1995, pp. 51-54.

(16) El formato de pantalla ancha 16:9 es el recomendado con carácter universal por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, cuyas características técnicas se concretan en su Recomendación 709.

modo, la directiva, continuando la senda abierta por el Plan de acción recogido en la Decisión 93/424 (17), pretende fomentar su implantación con independencia de la norma europea de televisión que se utilice (625 o 1250 líneas). Este objetivo resulta en la práctica mucho más difícil de conseguir que el de introducir la televisión digital. Si ésta precisa únicamente la conexión de un descodificador a un televisor ya existente, la pantalla de formato ancho exige modificar sustancialmente la estructura del televisor y, por ende, adquirir un nuevo aparato. Por ello, la directiva hace particular hincapié en el objetivo de facilitar la transferencia, en redes digitales de transmisión abiertas al público, de los servicios de televisión de formato ancho que ya estén en explotación. Con ello se pretende proteger los intereses de los operadores y de los telespectadores que hayan invertido en producir o recibir este tipo de servicios.

En cualquier caso, se exige que *todos* los servicios de televisión, con independencia de que su transmisión sea por cable, satélite o red terrestre, utilicen un sistema de transmisión común: si se trata de servicios televisivos que no son totalmente digitales habrán de utilizar bien el sistema HD-MAC si lo son en alta definición, bien un sistema de transmisión 16:9 si aún tienen un formato ancho en 625 líneas; si, por el contrario, se trata de servicios televisivos totalmente digitales, esto es con codificación en origen de las señales de audio y video, la directiva exige la utilización de un sistema de transmisión que haya sido normalizado por un organismo europeo de normalización reconocido (18). En todo caso, a las redes de transmisión digitales se les exige también la capacidad de distribuir servicios televisivos de formato ancho (arts. 2 y 5).

(17) Decisión 93/424/CEE del Consejo de 22.7.1993 relativa a un Plan de Acción para la introducción de servicios avanzados de televisión en Europa, DOCE L 196 de 5.8.1993, p. 48. A propósito de la evaluación de los resultados obtenidos por este Plan de Acción pueden verse los informes anuales de la Comisión, COM (95) 263 final de 16.7.1995 y COM (96) 346 final de 26.7.1996.

(18) La lista de los organismos europeos de normalización reconocidos se encuentra en el anexo II de la directiva 83/189/CEE del Consejo de 28.3.1983 por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas, DOCE L 109 de 26.4.1983, p. 8, modificada en último lugar por la Decisión 96/139/CE de 24.1.1996 por la que se modifican las listas de organismos nacionales de normalización, DOCE L 32 de 10.2.1996, p. 31. A este respecto y en relación con la materia que nos interesa, la Decisión 92/400/CEE de la Comisión, modificó la lista de organismos de la directiva 83/189/CEE para incluir el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI) con sede en Niza.

2. REGULACIÓN DE LA TELEVISIÓN DIGITAL DE ACCESO CONDICIONAL

A la vista de lo expuesto, resulta comprensible que la directiva, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, preste particular atención a la regulación del «acceso condicional a los servicios de televisión digital», es decir, aquellos que requieren un equipo descodificador de las señales y se suele tratar, en buena lógica, de televisión de pago. La regulación se hace desde una doble perspectiva, a saber, la puramente general de los aparatos de televisión y la más específica del acceso concreto al servicio de televisión digital. Respecto a la primera, se exige que los aparatos receptores de televisión que sean puestos a la venta o alquiler en territorio comunitario estén, como mínimo, equipados con una conexión de interfaz abierto que permita conectar con sencillez equipos periféricos, particularmente decodificadores adicionales y receptores digitales. En todo caso, dicha conexión interfaz habrá de estar normalizada por un organismo europeo de normalización reconocido (art. 3). Respecto al segundo de los aspectos centrales de la regulación, a la televisión digital de acceso condicional se le exigen una serie de requisitos (art. 4) que podrían ser sintetizados en los siguientes:

a) Los equipos descodificadores habrán de estar capacitados para realizar su función con arreglo al algoritmo común europeo de decodificación el cual será administrado por un organismo europeo de normalización reconocido, así como poder, a la vez, reproducir también señales transmitidas sin codificar (19). La intención de este requisito parece ser la de combatir un eventual abuso de posición dominante en el mercado evitando que el sistema de descodificadores se erija en una barrera que dificulte el acceso al mercado de nuevos proveedores.

b) Los sistemas de acceso condicional que se empleen habrán de estar dotados de la capacidad técnica necesaria para efectuar un transcontrol poco oneroso en las cabeceras de la red por cable. Con ello se pretende favorecer el control de este tipo de servicios por parte de los operadores de televisión por cable local o regional.

(19) Cuando se trate de equipos puestos a disposición del usuario en régimen de alquiler la directiva prevé la cautela de condicionar la capacidad de reproducción de las señales transmitidas sin codificar a que el usuario se atenga a lo estipulado en el correspondiente contrato de alquiler.

c) Los Estados miembros habrán de velar para que los operadores de los servicios de acceso condicional, particularmente en el supuesto en que aparezca una posición dominante, ofrezcan a todas las entidades de difusión unos servicios técnicos que, además de permitir que sus servicios de televisión digital sean captados por sus televidentes autorizados mediante los correspondientes descodificadores en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, se adecúen —y resultará especialmente relevante— al derecho comunitario de la competencia.

d) La concesión de licencias a los fabricantes del material *ad hoc* no podrá estar subordinada a condiciones que prohíban o desalienten la inclusión de un interfaz común que permita la conexión de varios sistemas de acceso diferente al que se trate o la inclusión de medios de otros sistemas de acceso, siempre que el beneficiario de la licencia respete las condiciones razonables y apropiadas que garanticen la seguridad de las transacciones de los operadores de acceso condicional.

e) Por último, se exige a los Estados que, con independencia de la posibilidad lógica de que, llegado el caso, se planteara un recurso por incumplimiento, se garantice en caso de litigio sobre las anteriores exigencias que cualquiera de las partes, sin excluir una eventual acción por daños y perjuicios, pueda tener un acceso fácil y en principio poco oneroso, a los procedimientos adecuados de solución de litigios, para que se resuelva de manera equitativa y transparente y en un plazo razonable.

En todo caso, la directiva exige también a la Comisión un rápido pronunciamiento caso que se le pida un dictamen acerca de la aplicación del Tratado.

Las disposiciones finales (arts. 6 a 10), además de dirigir la directiva a los Estados miembros (art. 10), encarga a la Comisión un examen bienal de la aplicación de la misma (art. 6) y deroga expresamente la anterior regulación, concretamente la ya citada directiva 92/38/CEE (art. 7).

III. LA TRANSPOSICION DE LA DIRECTIVA 95/47/CE AL DERECHO ESPAÑOL

1. LIBERTAD DE ELECCIÓN EN FORMA Y MEDIOS DE TRANSPOSICIÓN

El período de transposición se fijó en nueve meses desde la entrada en vigor de la directiva (art. 8) conforme a lo cual, considerando que la

directiva entró en vigor el mismo día de su publicación en el DOCE (art. 9), dicho plazo expiró el 23 de agosto de 1996.

A este respecto es de sobra conocido que el artículo 189 TCE deja «a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios» de la transposición y que el TJCE bajo esa libertad incluye tanto al órgano competente —resulta intrascendente que lo haga el Gobierno o el Parlamento— como el procedimiento o tipo de norma que se utilice (20), si bien ha de escoger «les formes et moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives, compte tenu de l'objet de celles-ci» (21).

2. LA TÉCNICA DEL DECRETO-LEY

Con anterioridad a la transposición de la directiva los ámbitos de las emisiones de televisión por satélite con tecnología digital, así como el de los servicios de televisión emitidos por un sistema de acceso condicional carecían en el ordenamiento jurídico español de toda regulación. Por ello, considerando que la normativa comunitaria declaraba deseable que las normas comunes en la materia se elaborasen «con la debida antelación, antes de la introducción en el mercado de los servicios vinculados a la televisión digital», podría parecer comprensible que el Gobierno español, en aras a dar cumplimiento al derecho comunitario y crear un marco que proporcionara la conveniente seguridad jurídica, estimase de interés desarrollar lo previsto en la directiva con celeridad y antes de que comenzase a emitir el operador que tenía previsto hacerlo de forma inminente. Ello resulta, en principio, tanto más loable si se recuerda el escandaloso vacío jurídico vivido en su momento en materia de televisión por cable. En todo caso, no está quizá de más recordar que en el momento de la promulgación del decreto-ley tan sólo un Estado miembro de la UE había procedido a transponer la directiva (22).

Sin embargo, desde la perspectiva jurídico-constitucional interna nos parece absolutamente injustificado que el Gobierno optase por transponer

(20) TJCE sentencia de 25.5.1982, as. 96/81 *Comisión/Países Bajos*, Rec. 1982, pp. 1791 y ss. (p. 1804, fto12).

(21) TJCE sentencia de 8.4.1976, as. 48/75 *Royer*, Rec. 1976, p. 497 y ss. (p. 519, fto. 73).

(22) Se trata de Dinamarca que transpuso la directiva mediante una ley de 12 de junio de 1996, desarrollada por otra norma de rango reglamentario de 25 de julio del mismo año.

la directiva mediante la forma de un decreto-ley (23). La potestad legislativa del poder ejecutivo encarnada en el decreto-ley es por su propia naturaleza de carácter excepcional. Por eso el artículo 86 de la Constitución la somete a la concurrencia del presupuesto habilitante de una «extraordinaria y urgente necesidad», el cual difícilmente concurre en el caso en cuestión. Prescindiendo de la poco fructífera discusión administrativista en torno a la consideración de este presupuesto habilitante como un concepto jurídico indeterminado o como un ámbito de poder discrecional del Gobierno (24), resulta incuestionable que la situación de «extraordinaria y urgente necesidad», pese a que su determinación corresponde obviamente al Gobierno, presupone la existencia de una circunstancia difícil o imposible de prever, cuya imprevisibilidad justifica precisamente la necesidad de una acción inmediata (25). Como ha establecido algún autor, dudosamente puede concurrir este requisito si la Administración conoce de antemano en qué fecha concreta termina el plazo para llevar a cabo su actividad reglamentaria o legislativa ya que «admitir lo contrario supondría, aparte de fomentar la pereza y la desidia del poder ejecutivo, dejar a disposición de éste el ejercicio *ratione temporis* de una competencia previamen-

(23) Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, por el que se incorpora al Derecho español la directiva 95/47/CE del parlamento Europeo y el Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector, BOE núm. 28 de 1.2.1997, p. 3174. Corrección de errores, BOE núm. 37 de 12.2.1997, p. 4512.

(24) A favor de la consideración de concepto jurídico indeterminado se manifiestan entre otros ASTARLOA HUARTE, I.: «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública* 1985, pp. 97-169, especialmente p. 118; SALAS HERNÁNDEZ, Javier: *Los decreto-leyes en la Constitución española de 1978*, Ed. Civitas, Madrid 1979, p. 30. Un tratamiento del presupuesto habilitante como ámbito de poder discrecional es defendido, además de por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 111/83, de 2 diciembre, F.J. 5; STC 60/86, de 20 de mayo, F.J. 3; STC 29/82, de 31 de mayo), por autores como PÉREZ ROYO, Fernando: «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en AAVV, *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona 1985, pp. 93-143, especialmente pp. 112-113.

(25) STC 29/1982, de 31 de mayo, F.J. 3. En el mismo sentido STC 6/83 de 4.2.1983, F.J. 5; STC 111/83, de 2 de diciembre, F.J. 6; STC 29/86, de 20.2.19866, F.J. 2; STC 60/86; cfr. en este mismo sentido DE OTTO, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona 1991, p. 198; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Ed. Tecnos, Madrid 1988, pp. 129-130.

te delimitada desde esta perspectiva por el poder legislativo» (26). Obviamente, en el caso de transposición de directivas el Gobierno conoce con una amplia antelación el plazo existente.

Pero, aun en el supuesto extremo de llegar a propuganar lo contrario y considerar además que el plazo de nueve meses fijado por la directiva fuese manifiestamente insuficiente, resulta del todo punto insostenible que se dicte el decreto-ley cinco meses después de haber expirado el periodo de transposición.

Ciertamente, no es la primera ocasión que se utiliza en la práctica la técnica del decreto-ley para transponer una directiva. Aunque resulte inusual, sí existe algún precedente (27). Con todo y aunque a título personal nos merezca idéntica crítica jurídico-constitucional, la eventual concurrencia del supuesto habilitante debería circunscribir su uso, en el peor de los casos, a supuestos de hecho en que el decreto-ley se dictase antes de expirar el período de transposición y nunca cinco meses después (28).

3. EL CONTENIDO MATERIAL DEL DECRETO-LEY

3.1. Normas técnicas básicas

Las deficiencias del decreto-ley no se agotan en su vertiente formal, sino que parcialmente también se proyectan en determinados aspectos de su contenido.

(26) SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Los decreto-leyes en la Constitución española de 1978*, Ed. Civitas, Madrid 1989, p. 32.

(27) Si se realiza un estudio comparado de los 97 Decretos-leyes dictados entre enero de 1987 y febrero de 1997 por los diferentes Gobiernos, se observará que varios de ellos se ven afectados indirectamente por el Derecho Comunitario (al menos diez), pero muy raramente han sido utilizados para transponer directivas. Además del que nos ocupa, tal ha sido el caso de otros tres decretos-leyes: Real Decreto-Ley 7/1988, de 29 de diciembre, sobre contribución territorial rústica y pecuaria, impuesto especial sobre hidrocarburos e impuesto del valor añadido para la transposición de la directiva 88/331/CEE que modificó la Ley correspondiente para regular lo referente a la exención en el IVA de algunas importaciones definitivas de bienes; Real Decreto-Ley 7/1993, de 21 de mayo, sobre Hacienda Pública que transpone la directiva 92/111/CEE en materia del impuesto sobre valor añadido y por la que se establecen medidas de simplificación; Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, de transposición de la directiva 91/271/CEE sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas.

(28) Así, por ejemplo, el citado Real Decreto-Ley 7/1988 se dictó tres días antes de la expiración del período de transposición fijado por la referida directiva 88/331/CEE.

Las especificaciones técnicas han sido, en principio, transpuestas de forma ajustada. Tanto las normas generales reguladoras del sistema de transmisión aplicable a los servicios de televisión, sean o no totalmente digitales (art. 5), como los requisitos aplicables al acceso condicional a los servicios de televisión digital (art. 7), los servicios de televisión en formato ancho (art. 8) y la conexión en interfaz abierto en los televisores (art. 6) han sido transpuestas al ordenamiento español de forma prácticamente literal a la marcada por la directiva. Únicamente se detectan, en lo básico, algunas matizaciones no recogidas en la directiva. Una primera que, aunque no aparezca como tal en el texto comunitario se deduce de su formulación, se refiere a la obligatoriedad de realizar los servicios de televisión de formato ancho «por lo menos en formato 16:9», a lo que el decreto-ley añade «lo que no excluye su difusión simultánea en formato 4:3» (art. 8).

Una segunda matización, ésta ya no tan baladí, se introduce al otorgar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones relevantes atribuciones en el desarrollo de la obligación de los operadores de los servicios de acceso condicional de «facilitar a todos los programadores independientes y entidades de difusión en general, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, los medios técnicos que permitan que sus servicios de televisión digital sean captados por televidentes autorizados mediante descodificadores gestionados por los operadores de servicios, con arreglo a las normas de la competencia». A tal efecto y para evitar el abuso de una posición dominante en el mercado, se otorga a la referida Comisión funciones cuasiarbitrales en los supuestos de existencia de conflictos entre las partes. Particular hincapié hace el decreto-ley en los conflictos que puedan surgir en materia de los precios por el empleo de descodificadores. En principio, serán fijados por las partes. Ahora bien, se exige con cierta vaguedad que «deberán sujetarse a costes». Y se añade que, caso de no existir acuerdo, «decidirá con carácter vinculante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», sin perjuicio, además, de que hasta la plena liberalización de las telecomunicaciones el 1 de enero de 1998, el Ministerio de Fomento, previo informe preceptivo y vinculante de la mencionada Comisión, «fijará las tarifas de interconexión y de empleo de descodificadores por los programadores» (art. 7c *in fine* en conexión con la disposición transitoria segunda).

Quizá, aunque se mueva en el mero plano anecdótico, llame la atención también el desvío terminológico existente en algunos preceptos del

decreto-ley, al optar v.gr. por el verbo «desenmascarar» (art. 7) en lugar del técnicamente más usual de «decodificar» (art. 4 de la directiva).

En todo caso, el casi total mimetismo del legislador en la formulación de las disposiciones básicas no debe extrañar ni ser objeto de crítica, si se considera el extremo grado de concreción y especificidad técnica que marca la directiva. En realidad, la norma comunitaria dejaba a los Estados un margen de maniobra prácticamente nulo.

3.2. *Facultades de control y régimen sancionador*

Pero el mimetismo termina ahí, ya que a la hora de regular las facultades de control y el régimen sancionador el legislador retira «el papel de calco» y la pluma toma pulso firme.

a) Necesidad de autorización

Resulta particularmente preocupante la interpretación que pueda hacerse de la necesidad del otorgamiento expreso de autorización para «la prestación de servicios de televisión por satélite con tecnología digital que sean de acceso condicional» (art. 3). Podría resultar lógico que, en principio, se supedite el otorgamiento de autorización «al cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Real Decreto-Ley» si éste se atuviera escrupulosamente a lo marcado por la directiva. Pero, en modo alguno, puede servir de respaldo para imponer trabas añadidas a aquellos servicios de televisión por satélite con tecnología digital o no que tengan carácter transfronterizo y provengan de otros Estados miembros de la Unión Europea (29). De lo contrario se estaría infringiendo la filosofía inspiradora y la disposición básica de la directiva «televisión sin fronteras» que garantiza un plena libertad de circulación de todos los servicios televisivos (30) e incluso la reiterada jurisprudencia del TJCE en la materia (31).

(29) Entre ellos se incluye, por supuesto, los servicios prestados por los satélites ASTRA, dependientes de una sociedad con sede en Luxemburgo. Tal parece ser el caso de los servicios que actualmente tiene contratados Canal Satélite Digital S.L.

(30) Vid. Exposición de motivos y artículo 2.2. de la Directiva; cfr. al respecto MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *op. cit.* (*La directiva...*), pp. 242-249.

(31) Vid. *supra*, nota 5.

b) Creación de un Registro

Se crea en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un controvertido Registro que, además de las características de los medios técnicos que se empleen y la documentación acreditativa de cumplir las especificaciones técnicas exigidas, también contendrá los datos personales de los operadores (art. 1.2), resultando cuestionable si no resulta desproporcionado. Máxime si su regulación deja abiertos graves interrogantes sobre el carácter constitutivo o declarativo del Registro o sobre la posibilidad de denegar el registro por causas no previstas por la directiva.

c) Lucha contra el abuso de posición dominante en el mercado

Se establece la *obligación* de la Dirección General de Telecomunicaciones del Ministerio de Fomento de denunciar ante la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones o, en su caso, ante el Servicio de Defensa de la Competencia las situaciones de abuso de dominio en el mercado, particularmente en el servicio de acceso condicional, al objeto de que se inicie el oportuno procedimiento ante el Tribunal de defensa de la competencia (art. 2). La bondad de esta disposición resulta indudable. Sin embargo, su espíritu contrasta con la tendencia proteccionista subyacente en el resto de sus disposiciones hermanas.

Y, en todo caso, debería quedar claro que el derecho comunitario europeo no sanciona *per se* la existencia de «situaciones de posición hegemónica en el servicio de acceso condicional dentro del territorio nacional» (art. 2), sino únicamente su «abuso».

d) Resarcimiento por incumplimiento y fianza

Se obliga a los prestadores de servicios de difusión de televisión digital que reciban contraprestación económica de los usuarios a resarcirles en caso de suspensión de la prestación del servicio por el duplo de la contraprestación económica satisfecha durante el tiempo de interrupción y se obliga a depositar las cantidades reembolsables entregadas por los usuarios como garantía en una cuenta *ad hoc* abierta a tal efecto a nombre de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 4). Es decir, de forma diferente a lo usual en los otros Estados europeos que cuentan con

televisión de pago, se establece la obligatoriedad de depositar las fianzas de los abonados en la Caja General del Estado.

e) Régimen sancionador

Se establece un régimen sancionador en el que la comercialización, distribución, cesión temporal o alquiler de aparatos, equipos, descodificadores o cualquier sistema regulado por el decreto-ley sin la *previa* certificación acreditativa de cumplir las normas fijadas se sancionará como infracción grave o muy grave (disposición adicional única). Sirva recordar a este respecto que, conforme a lo previsto en el artículo 34 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (32) la falta muy grave lleva pareja una multa de hasta 10 millones de pesetas, la posibilidad de revocación definitiva del título administrativo habilitante del servicio que preste el infractor, así como la adopción de medidas cautelares como la clausura provisional de las instalaciones por un plazo de seis meses.

Ello podría suponer una violación de la libertad de circulación de mercancías puesto que, a la postre, sería sancionar por el incumplimiento de unas normas con trabas técnicas que sobrepasan las previstas en la directiva.

f) Plazo de adaptación

Se fija un plazo de adaptación de los operadores a las especificaciones técnicas previstas en el decreto-ley extraordinariamente corto: un mes con carácter general y dos para el caso de la sustitución de descodificadores para uso digital ya instalados o recibidos por los usuarios (disposición transitoria primera).

3.3. *Modificación del tipo de IVA aplicable*

Por último, podría existir incluso alguna deficiencia material de carácter constitucional en la disposición que regula el IVA aplicable. De la doctrina del Tribunal Constitucional al interpretar el capital concepto de la extraordinaria y urgente necesidad, se deriva que el uso del decreto-ley no

(32) Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, BOE núm. 303 de 19.12.1987.

autoriza a incluir en su seno «cualquier género de disposiciones, ni aquellas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar» (33). Tal podría ser el caso de las disposiciones sobre modificaciones impositivas para aplicar el tipo general del IVA a los pagos de cuotas o abonos por servicios de radiodifusión y televisión (art. 10 y disp. transitoria tercera), lo que en la práctica supone un aumento de dicho impuesto para los consumidores de televisión digital de pago.

A pesar de que tanto el sector mayoritario de la doctrina como la jurisprudencia constitucional, superando el corsé de la interpretación literal de los artículos 31 y 86 de la Constitución, han admitido el uso del decreto-ley en materia tributaria (34), la crítica jurídico-constitucional se debe centrar nuevamente en el presupuesto habilitante que legitima el uso de esta excepcional potestad legislativa ya que, como indica un relevante sector doctrinal, «el hecho de que en dicho título I de la Constitución se encuentre recogido el principio de legalidad o de reserva de ley para el

(33) STC 29/1982, de 31 de mayo, F.J. 3, párrafo cuarto; STC 6/1983, de 4 de febrero, F.J. 5, párrafo tercero.

(34) La mayor o menor permisividad para regular la materia tributaria por decreto-ley ha generado dentro de la doctrina tres sectores. Uno primero, de carácter minoritario, rechaza el uso de esta técnica normativa para regular la materia tributaria, v.gr. SALAS HERNÁNDEZ, Javier: «Los decretos-leyes en la Constitución de 1978», en AAVV, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid 1979, vol. II, p. 1799 y ss.; CAZORLA PRIETO, L. M.: «Los principios constitucional-financieros en el nuevo orden jurídico», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, DGCE, IEF, vol. I, 1979, p. 497). Un segundo sector defiende el uso del decreto-ley para todas aquellas materias tributarias que no están cubiertas por la reserva de ley, como por ejemplo ALEGRE VILLA, J. M.: «La viabilidad constitucional del Decreto-Ley en materia tributaria y la regulación del derecho de propiedad» en *Revista de Administración Pública* 1984, p. 65 y ss, especialmente p. 84; MARTÍN QUERALT, Juan/LOZANO SERRANO, Carmerolo/CASADO OLLERO, Gabriel/TEJERIZO LÓPEZ, José M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Tecnos, 6.ª ed., Madrid 1995, p. 158. Esta misma postura se ve reflejada en la conocida STC 6/83 de 4 de febrero. Y en tercer lugar la postura más permisiva para el uso del decreto-ley es la abanderada por PÉREZ ROYO, quien defiende incluso la posibilidad de crear *ex novo* un tributo mediante decreto-ley; vid. PÉREZ ROYO, Fernando: «Principio de legalidad, deber de contribuir y decretos leyes en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Constitucional* 1985, pp. 41-70; ORÓN MORATAL, Germán: *Régimen fiscal del juego en España*, Ed. Tecnos, Madrid 1990, p. 42; PALAO TABOADA, C.: «La disminución retroactiva de bonificaciones fiscales y los Decretos-Leyes en materia tributaria», *Crónica Tributaria* 1982, pp. 163 y ss.

establecimiento de tributos (35) no supone (...) obstáculo para la regulación de la materia tributaria, incluida la amparada por la reserva, a través del procedimiento del decreto-ley» (36). Ahora bien, únicamente si concurren las condiciones que legitiman el recurso a este excepcional modo de producción normativa, es decir, siempre que se constate la extraordinaria y urgente necesidad (37). Además, junto al juicio de racionalidad reclamado por el Tribunal Constitucional sobre la existencia del presupuesto habilitante, se exige también un juicio de contraste de la adecuación del contenido normativo del decreto-ley al presupuesto habilitante del mismo (38). Dicho de otro modo, «las medidas contenidas en los decretos-leyes han de ser las estrictamente necesarias para afrontar las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad» de forma que constituyan «la respuesta adecuada a la situación de necesidad que alega como presupuesto habilitante» (39). Pues bien, en el caso que nos ocupa, aun cuando tras aplicar el juicio de racionalidad concurrese la extraordinaria y urgente necesidad, tal y como se pretende justificar en la exposición de motivos del decreto-ley, por resultar «deseable que tales normas se elaboren con la debida antelación, antes de la introducción en el mercado de los servicios vinculados a la televisión digital», al aplicar el juicio de contraste se constata la total inadecuación del contenido tributario del decreto-ley con el presupuesto que justificaría su regulación. Y ello porque la directiva en ningún momento hace referencia a cuestión tributaria alguna (40). En defi-

(35) Cfr. art. 31.3 y 133 de la Constitución. Por otra parte, el art. 10 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31.12.1963) establece más que una reserva de ley, facultad reservada únicamente a la Constitución, en sentido estricto, una preferencia de ley.

(36) Vid. PÉREZ ROYO, Fernando: *loc. cit.* («Principio de legalidad,...»), especialmente p. 65.

(37) *Ibidem.*

(38) STC, 29/1982 de 31 de mayo, F.J. 3, párrafo cuarto («es claro que el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal Constitucional implica... que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el decreto ley se adoptan»); STC 6/1983 de 4 de febrero, F.J. 5, párrafo tercero («siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho»).

(39) SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *op. cit.* (*El régimen constitucional...*), pp. 131-132.

(40) Como respaldo a esta afirmación véase STC 29/1982 de 31 de mayo, F.J. 3 párrafo quinto («no les autoriza esta competencia, sin embargo, para incluir en el Decreto-ley cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y

nitiva, lo que hace el decreto-ley es suprimir por las buenas y sin conexión material alguna con la directiva el número 8 del apartado 1.2 del artículo 91 de la Ley sobre el IVA (41) tratando de convertir la habilitación en una cláusula en blanco que legitima la intervención en materias totalmente ajenas al contenido de la directiva.

4. LA CONVERSIÓN DEL DECRETO-LEY EN LEY

A la vista de los serios inconvenientes jurídicos detectados y de la gran polémica política y mediática levantada, no es de extrañar que a la hora de proceder a convalidar el decreto-ley, más allá de la vía ordinaria de pronunciamiento expreso del Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días (art. 86.2 CE) (42), se optase por su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE), lo cual permite la presentación de enmiendas. Tras los preceptivos trámites parlamentarios en el Congreso y en el Senado, se aprobó la correspondiente ley de transposición de la directiva 95/47/CE (43).

Esta ley reproduce literalmente el contenido íntegro del decreto-ley resultando, en principio, mínimas las modificaciones, si bien alguna de ellas tiene para el operador de televisión digital ya existente en España notables repercusiones.

En primer lugar, amén de algunas correcciones menores en diversas disposiciones, se atenúa la obligación de resarcimiento de los prestadores de servicios de difusión de televisión digital en caso de suspensión del servicio disminuyendo la cuantía del duplo de la contraprestación económica que los usuarios debieron satisfacer por el simple importe de la citada contraprestación económica (art. 4.1).

En segundo lugar, de forma bastante coherente con las disposiciones técnicas previstas en la directiva, al establecerse los requisitos aplicables

de manera evidente no guardan relación alguna directa ni indirecta con la situación que se trata de afrontar, ni ...»).

(41) Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE núm 312 de 29.12.1992; corrección de errores BOE núm 33 de 8.02.1993) y modificada por Real Decreto-Ley 7/1993 de 21 de mayo (BOE núm. 126 de 27.05.1993).

(42) El decreto-ley fue convalidado conforme a este procedimiento por la sesión plenaria del Congreso el 13 de febrero, *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados)*, Serie D, núm. 103, p. 3.

(43) Ley 17/1997, de 3 de mayo, BOE núm. 108 de 6.5.1997, p. 14153.

a los servicios de televisión, se enfatiza la obligación de las redes de transmisión completamente digitales abiertas al público para la distribución de servicios de televisión, de «tener la capacidad de distribuir los servicios de formato ancho» (art. 5c *in fine*).

En tercer lugar, como modificación más relevante, se aceptó una discutida enmienda del grupo popular por la que se endurecen los requisitos aplicables al acceso condicional a los servicios de televisión digital. En concreto, ante la disyuntiva entre los sistemas con concepto *simulcrypt*, utilizado ya en España por el operador existente, y *multicrypt*, todavía en estado de desarrollo, opta aparentemente por el primero. Sin embargo, lo somete al requisito de que pueda operar de forma que, «sin necesidad de ningún tipo de adaptación, resulte la plena compatibilidad de su uso por los distintos operadores y exista previo acuerdo entre éstos» en un plazo de dos meses. Como quiera que ello resultaba materialmente imposible, en ausencia de tal acuerdo debería emplearse el concepto *multicrypt* (art. 7a *in fine*).

En cuarto lugar, la ley introduce una cuarta disposición transitoria en la que se limita la participación máxima en el capital social de los operadores de televisión por satélite con tecnología digital a un 25 por 100 hasta que el Gobierno apruebe (*sic!*) una situación efectiva de competencia.

Por último, la ley introduce una disposición por la que se deroga explícitamente el decreto-ley. A pesar de ello, cincuenta diputados, cuatro días antes de ser aprobada la ley, han planteado recurso de inconstitucionalidad contra aquél.

IV. ESPECIAL PROBLEMÁTICA DE LA EMISIÓN DE LOS PROGRAMAS DEPORTIVOS

De forma paralela a la regulación sobre televisión digital y estrechamente ligada a ella ha surgido en el ámbito europeo una agria discusión en torno a la regulación que deba hacerse de los anhelados derechos exclusivos para la emisión de acontecimientos deportivos, sobre todo del fútbol. Precisamente esa problemática ha sido uno de los detonantes del desacuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo a la hora de acordar, en el seno del Comité de Conciliación del artículo 189B TCE, la reforma de la directiva «televisión sin fronteras». Esta directiva pretende, en principio, lograr un equilibrio entre el objetivo de fomentar el desarrollo de la televisión digital —y, por ende, de la compra en exclusiva de derechos de emisión de acontecimientos deportivos bajo la modalidad de «pago por

consumo» (*pay per view*)— y el legítimo derecho de todos los ciudadanos a la información deportiva —lo que supone favorecer un acceso general a los acontecimientos deportivos televisados sin previo pago—. Frente a la posición liberalizadora del Consejo en favor de lograr la mayor competitividad de la industria audiovisual europea, el Parlamento Europeo parece propugnar la concesión a los operadores de televisión que emiten sin codificar de los derechos de retransmisión de determinados acontecimientos deportivos de especial interés. Con ello se pretende hacerlos extensivos al conjunto de la población (44).

El Gobierno español, sin esperar a la adopción final de la directiva, veinte días después de la aprobación del decreto-ley, elaboró un anteproyecto de ley reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos que, al incidir, en opinión del Gobierno, sobre el artículo 20-1d) de la Constitución le concedía el carácter de ley orgánica. El anteproyecto aborda la dialéctica aludida y toma partido claro en la línea del Parlamento Europeo por la protección a ultranza del derecho fundamental a la información deportiva, sobrepasando incluso las ya de por sí progresivas recomendaciones del Parlamento Europeo (45).

(44) Especialmente relevante es la Resolución del Parlamento Europeo de 22.5.1996 sobre la retransmisión de acontecimientos deportivos, DOCE C 166 de 10.6.1996, pp. 109-111. Prevé expresamente que «los derechos exclusivos de retransmisión de determinados acontecimientos deportivos que revisten un interés general en uno o más Estados miembros deberían concederse a las cadenas que transmiten sin codificar para que dichos acontecimientos sean accesible al conjunto de población» (p. 110, apdo. 5). En sentido parecido la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de 19 de septiembre de 1996 sobre la función de la televisión pública en una sociedad multimedia, DOCE C 320 de 28.10.1996, pp. 180-187. En ella, se insta explícitamente a la Comisión a «que fomente que los derechos de emisión de los principales acontecimientos deportivos se concedan a los canales de televisión de acceso general» (p. 185, apdo. 21) y pide a los Estados miembros «que regulen la libre emisión de importantes manifestaciones deportivas, de espectáculos o científicas de particular valor e interés» (p. 186 in fine, apdo. 46) y «garanticen que las nuevas licencias de televisión digital se concedan principalmente según criterios (...) de servicios de acceso general» (p. 187, apdo. 49).

(45) La propia Recomendación del Parlamento Europeo de septiembre de 1996 reconocía la inevitabilidad de la emisión de acontecimientos deportivos por la televisión de pago y, por ello, se limitaba a pedir a los Estados miembros «que tomen las medidas necesarias para que, en caso de que otras manifestaciones deportivas o de espectáculos o científicas de particular valor e interés se difundan exclusivamente en televisión de pago, resúmenes extensos de los momentos principales estén libremente disponibles para emisiones televisivas de acceso general» (*loc. cit.*, p. 187, apdo. 47).

Parte del principio de libertad de acceso de los espectadores a las competiciones o acontecimientos deportivos de interés general, quedando, por tanto, vedada la compra de sus derechos para la televisión digital de pago (art. 5). Únicamente podrían ser retransmitidos en emisión abierta (art. 4.2).

El problema básico, amén de que a nuestro juicio resulte más que cuestionable que la ley requiera el rango de orgánica, radica obviamente en determinar en cada caso concreto el «interés general» de un acontecimiento deportivo. El anteproyecto de ley opta por delegar esta tarea en el Consejo Superior de Deportes (46), quien a tal efecto habrá de elaborar un catálogo de acontecimientos deportivos que revistan tal interés general. Como únicas pautas regladas el anteproyecto establece con gran vaguedad «que tengan una especial relevancia y trascendencia social y generen una clara atracción sobre la audiencia de los operadores de radio y televisión (art. 4-1a).

A este respecto la Comisión reconoce explícitamente a los Estados la facultad de adoptar este tipo de medidas restrictivas para «acontecimientos de gran importancia para la sociedad de ese Estado miembro». Ahora bien, tales acontecimientos han de responder a los criterios de ser de carácter excepcional (no tener lugar frecuentemente), ser de interés público general (dirigirse a una gran parte de la sociedad) y estar organizados por anticipado (47).

V. CONSIDERACIONES FINALES

La aparentemente inofensiva directiva 95/47 CE, de carácter exclusivamente técnico, ha manifestado en su proceso de transposición los relevantes intereses político-económicos que subyacen a toda regulación actual que directa o indirectamente afecte al sector audiovisual. Jurídicamente, el legislador español, tras manifestar durante más de un año su pereza en transponer la directiva, ha optado por una «precipitación» cuyas consecuencias nos parecen claramente criticables. Criticable, en primer lugar, por el inadecuado uso jurídico de la técnica del decreto-ley en una materia que, al menos por su clara previsibilidad, no cumple los requisitos legales, juris-

(46) Vid. CAZORLA, Luis María (dir.): *Derecho del Deporte*, Edit. Tecnos, Madrid 1992, pp. 146-172.

(47) *Televisión sin fronteras y principales acontecimientos (deportivos)*, Comunicación de la Comisión de 5.2.1997, apdos. 15 y 18.

prudenciales y doctrinales para constatar la exigible concurrencia del presupuesto habilitante de esta potestad legislativa excepcional en manos del Gobierno. Criticable también porque, una vez decidido el legislador por el decreto-ley, se aprovecha la ocasión para introducir una serie de facultades de control y sanción que sobrepasan con creces las especificaciones técnicas reguladas en la directiva. Y criticable, por último, porque, sin mayor justificación de la «extraordinaria y urgente necesidad» apreciada, se aprovecha el decreto-ley para modificar la propia ley reguladora del IVA tratando de convertir el supuesto habilitante en una cláusula en blanco que legitima la intervención en materias ajenas al contenido de la directiva.

Por otro lado, la ley resultante del procedimiento previsto en el artículo 86.3 CE, lejos de subsanar los defectos materiales de la normativa los incrementa al decantarse por el sistema *multicrypt*.

En el plano comunitario, desconocemos si se ha cumplido con la obligación que impone la directiva 83/189/CEE de notificar las reglamentaciones técnicas adoptadas. De ser así, como quiera que el TJCE ha reconocido efecto directo a sus artículos 8 y 9, «los particulares pueden ampararse en ellos ante el juez nacional al que incumbe negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la directiva» (48). En cualquier caso, con notificación o sin ella, la reglamentación técnica adoptada imponiendo un solo descodificador puede suponer una medida de efecto equivalente y, por tanto, una violación de la libertad de circulación de mercancías (arts. 30 y ss. TCE), amén de la ya citada violación de la libertad de prestación de servicios (arts. 59 y ss. TCE) y, en particular, de la directiva «televisión sin fronteras».

Por ello, no sería de extrañar que la Comisión optase en su momento por la interposición de un recurso por incumplimiento contra España (art. 169) o que un órgano jurisdiccional español al tener que aplicar la referida ley de transposición pudiera verse obligado a plantear la correspondiente cuestión prejudicial (art. 177 TCE) ante el Tribunal de Justicia. No es incluso descartable que, llegado el caso, cupiese la adopción de medidas cautelares que permitieran, bajo el *fumus* de violación, la suspensión cautelar de determinadas disposiciones de la propia ley de convalidación en favor del operador digital perjudicado por la ley.

En relación con el no menos controvertido anteproyecto de ley sobre emisiones de acontecimientos deportivos, la filosofía de la regulación,

(48) TJCE sentencia de 30 de abril de 1996, as. C-194/94 *CIA Security International*, Rec. 1996, p. I-2201 y ss., especialmente p. I-2248, fto. 55.

abiertamente favorable a la televisión en abierto e indirectamente protectora de la televisión pública, casa bien, a nuestro juicio, con aquellas concepciones que, en la línea sostenida por el Parlamento Europeo, concibe la televisión pública como un servicio público que desempeña una función clave en la sociedad de la información y, por ende, conviene favorecer «la posibilidad de emitir también [en ellas] el nuevo material digital», particularmente el deportivo (49). Sin embargo, además de la extrema rigidez y de la protección indirecta a las televisiones públicas y privadas que no sean de pago, no parece del todo adecuado dejar la concreción de los acontecimientos deportivos que sean de «interés general» a un órgano como el Consejo Superior de Deportes, cuya configuración como «Organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Educación y Cultura» y cuyo Presidente, con rango de Secretario General, lo nombra el propio Consejo de Ministros (50), no lo reviste precisamente de la imparcialidad e independencia deseados. Máxime si se considera que en su composición, además de los representantes de las administraciones central, autonómica y local, figura también una representación de las Federaciones deportivas españolas (51), quienes en la práctica pueden verse directamente afectadas —incluso en el plano económico a través de su eventual participación en la venta de derechos en exclusiva para retransmisiones deportivas— por las decisiones que se adopten.

En definitiva, podría incluso sospecharse que bajo la túnica protectora de la libre competencia reiteradamente exhibida en la exposición de motivos del decreto-ley y del propio anteproyecto de ley orgánica subyace un cierto manto proteccionista de la televisión pública frente a determinados proyectos de televisión privada de pago que, si en su concepción última podemos compartir e incluso defender, en los medios jurídicos empleados resulta, a nuestro juicio, del todo punto injustificable. Sobre todo, si además se utiliza para ello la ya manida excusa de exigirlo la inevitable transposición de una directiva comunitaria.

(49) Resolución del Parlamento Europeo de septiembre del 1996, loc. cit., p. 184, apdo. 8.

(50) Cfr. arts. 7 y 9 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, BOE núm. 249 de 17.10.1990.

(51) Cfr. art. 10 de la referida ley.