

Otros análisis jurídicos del programa "Fútbol para todos"

por PABLO CARLOS BARBIERI

23 de Febrero de 2015

www.infojus.gov.ar

Infojus

Id Infojus: DACF150184

1.Preliminares.

En mi artículo publicado en infojus del día 9 de junio de 2014 (1), tuve la oportunidad de expedirme acerca de distintos aspectos jurídicos que aparecen involucrados en el contrato de explotación de los derechos televisivos del fútbol profesional argentino, suscripto entre la Asociación del Fútbol Argentino y el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros), publicado en el Boletín Oficial No 31.728, del día 2/9/2009.

Allí se creó el Programa "Fútbol para Todos", dependiente del referido órgano estatal, que ha superado ya los cinco años de vigencia.

Muchos comentarios han surgido al respecto. Se han alzado voces críticas y aquellas que destacan los beneficios de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional.

Corresponde, a esta altura, ahondar en otros aspectos jurídicos que pueden ser resaltados en dicho contrato, ya que la materia resulta sumamente rica y susceptible de múltiples abordajes.

Empero, previo a ello, entiendo necesario efectuar una suerte de reflexión preliminar, íntimamente relacionada con los efectos que ha provocado la decisión de las partes contratantes en formalizar y llevar adelante dicho instrumento contractual.

Se trata, como he dicho en el comentario señalado supra, de una decisión política sumamente audaz y que se ha transformado en una verdadera política de Estado, con un carácter marcadamente inclusivo, cuestión que se ha corroborado en los hechos y a lo largo de los años de su vigencia.

En ello consiste la difusión gratuita y por televisión abierta de los distintos eventos deportivos que componen el Torneo de Primera División del fútbol argentino, a lo que se suma la categoría Primera "B" Nacional (Segunda División). El hecho de permitirse estas circunstancias determina que la totalidad de la población tenga acceso gratuito e ilimitado a estos partidos de fútbol, lo que se ve reflejado con claridad en las mediciones de audiencia de cada uno de ellos. Sin dudas, se trata de una política de inclusión social, ya que, de televisarse mediante abonos o televisión paga, se restringiría implícitamente esta posibilidad.

Y ello se ve, además, reflejado en la presencia de mujeres en los comentarios de los distintos partidos, situación que parecía impensada algunos años atrás (2).

Es claro que las mismas reflexiones pueden realizarse en relación a la postura del co-contratante Asociación del Fútbol Argentino. Y, vale la pena destacar que, a pesar de la posibilidad del acceso irrestricto a las imágenes en directo y a la restricción del acceso del público visitante a los estadios, no ha disminuido la concurrencia de espectadores a los distintos escenarios. En la temporada 2013/2014, River Plate aumentó dicha estadística en un 26% respecto a la anterior y Boca Juniors lo hizo en un 17%, por tomar sólo algunos ejemplos (3).

Ello sin dejar de destacar los récords de audiencia que registró la transmisión del Campeonato del Mundo de 2014, celebrado en Brasil, donde se superaron picos de 40 puntos de rating.

Queda claro, pues, que el objetivo perseguido por la suscripción del contrato de referencia ha sido cumplido con creces desde el accionar del Estado Nacional.

2. Análisis desde el derecho personal a la imagen de los jugadores de fútbol.

Una cuestión álgida que podría plantearse es la situación de los jugadores de fútbol que participan en los distintos eventos televisados y el uso de su imagen personal, imprescindible para poder viabilizar las distintas transmisiones.

El tema no resulta antojadizo. En varias ligas europeas se suscitan conflictos en relación a la aspiración de los futbolistas de percibir parte de los guarismos que los clubes ingresan por derechos televisivos, independientemente de aquellos montos que pactan contractualmente en sus respectivos contratos de trabajo.

En la Argentina esta cuestión aparece regulada -actualmente- en el [art. 31 de la ley 11.723](#), en el que, expresamente, se establece que "el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y, muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".

En líneas generales, ello implica que en "aquellas situaciones en las cuales la imagen del futbolista profesional es utilizada indebidamente sin su consentimiento", ellos quedan legitimados "para promover las acciones judiciales correspondientes tendientes a reparar los daños y perjuicios sufridos los que, generalmente, se reducen a la pretensión de una indemnización pecuniaria" (4).

Sin embargo, entiendo que en la especie analizada, dicho hipotético reclamo no tendría asidero.

A mi modo de ver, dos son los motivos fundamentales:

-En primer término, que el propio contrato suscrito entre Jefatura de Gabinete de Ministros y la Asociación del Fútbol Argentino, determina que ésta " es la titular originaria de los derechos de transmisión televisiva de los encuentros de fútbol que se disputan en los diferentes torneos oficiales que se organizan bajo su órbita" (Considerando VI). Esa suerte de definición excluye otras posibles "titularidades", entre las cuales, obviamente, quedan incluidos los futbolistas que participan en los distintos torneos.

-En segundo lugar, la reproducción de las imágenes ingresan dentro de las excepciones previstas en el último párrafo de la norma citada precedentemente. Indudablemente se trata de acontecimientos que se "desarrollan en público"; en tal supuesto, la reproducción de la imagen personal de los futbolistas es libre y no requiere del consentimiento expreso de ellos.

No se trata, en este punto, de un uso comercial o publicitario de esta imagen, sino de la divulgación del evento para permitir su llegada al público en general, lo que importaría enmarcar la hipótesis dentro de la reproducción libre a la que se aludió supra. Con acierto se ha sostenido que "para que la excepción opere, es necesario que de la fotografía (o video, en este caso) resulte evidente que el objetivo principal fue cubrir el acontecimiento público, no la utilización de la imagen o la identificación de una persona, que es extraña al interés del público" (5).

En síntesis, queda claro que la reproducción de la imagen de los deportistas involucrados en los partidos televisados como consecuencia del contrato en análisis no les genera a éstos derecho a participar de los ingresos que perciba la Asociación del Fútbol Argentino como cánon por el uso de los mismos. La cuestión no variará al entrar en vigencia el Código Civil y Comercial el 1º de agosto de 2015, donde se regula específicamente este derecho personalísimo (6).

3. Los "derechos de publicidad" de los clubes.

La comercialización de los productos derivados del contrato en análisis es otorgada a la Jefatura de Gabinete de Ministros. La enumeración enunciativa contenida en el artículo sexto, primer párrafo, del referido instrumento incluye, entre otros, a los "derechos de explotación y comercialización de la publicidad durante la transmisión, comercialización de publicidad asociada a imágenes y contenidos exclusivos y derechos de explotación y comercialización de contenidos asociados".

¿Qué ocurre, entonces, con los derechos que tienen los diferentes clubes participantes de los torneos sobre la comercialización de su propia publicidad?. Puede incluirse en este concepto, por ejemplo, la venta de espacios publicitarios en su propia indumentaria, en diferentes lugares de sus instalaciones deportivas o la utilización comercial de la imagen corporativa del club asociada a otras empresas, auspiciantes o sponsors.

Téngase en cuenta que estos rubros constituyen importantísimos ingresos de las entidades deportivas que coadyuvan, decisivamente, a solventar los cuantiosos presupuestos que implican su participación en las competencias profesionales.

Con muy buen tino, ello queda totalmente excluido del contrato en cuestión y, por ende, de las facultades de la Jefatura de Gabinete de Ministros antes detalladas.

En efecto, el último párrafo del referido artículo sexto soluciona la cuestión de manera contundente y sin dejar lugar a dudas. Se establece allí que "los derechos de publicidad conservados por los clubes serán respetados, y no podrán ser afectados ni alterados por medio tecnológico alguno".

Ello es lo que ocurre en la práctica y puede ser perfectamente visualizado por los espectadores televisivos de los diferentes eventos transmitidos. Los equipos representativos de los distintos clubes comercializan la publicidad que poseen en sus indumentarias e, inclusive, las varían de una temporada a la otra. Y lo mismo ocurre con todas aquellas situaciones en las que las entidades deportivas pueden formalizar estos contratos. Es más, en algunas de ellas, se han contratado especialistas en marketing deportivo para diseñar diferentes estrategias de inserción en variados mercados, con las finalidades de potenciar los ingresos y fidelizar la marca del club, valor de importancia y trascendencia indudable.

4. Manifestaciones sobre el carácter asociativo del contrato.

La cláusula Tercera del contrato de referencia le otorga al mismo un carácter asociativo, "aportando AFA sus derechos originarios y JGM, a través de SNMP SE, su estructura organizacional para transmitir los eventos y comercializar por sí o por terceros los derechos de explotación primarios y secundarios".

Ello nos permite realizar algunas reflexiones que resultan corolario de esta característica.

-Los contratos asociativos pueden ser definidos como aquellos en los que "las partes, sin menoscabar sus intereses particulares (económicos, intelectuales, espirituales, etc.) se obligan a efectuar prestaciones y colaborar para la obtención de un fin común (...)" (7).

Ello no implica que entre las partes, necesariamente, deba construirse una estructura societaria, esto es, no adquirir una personalidad jurídica diferente a la de aquellos que conforman el vínculo contractual.

El contenido de las distintas cláusulas del instrumento en examen permite su tipificación dentro de esta categoría y ello, a su vez, permite formular otras derivaciones jurídicas.

-En efecto, el hecho de constituirse en un contrato asociativo echa por tierra la posibilidad de que las prestaciones económicas a cargo de la Jefatura de Gabinete de Ministros puedan

enrolarse como subsidios o subvenciones estatales y, en consecuencia, aplicárseles el régimen de éstas.

Como ya lo he sostenido, "a mi entender, no hay dudas que estos pagos constituyen un canon que el Estado abona a la AFA como consecuencia de la cesión de los derechos involucrados en el contrato de referencia. Mediante el cumplimiento de esa obligación, el ente público se asegura la posibilidad de la explotación de esos derechos de televisación con carácter exclusivo y la facultad de establecer las modalidades de transmisión, el diagrama de las mismas, la elección del personal encargado de dicha tarea, etc., entre otras potestades" (8). El carácter asociativo del contrato refuerza, pues, esta postura.

-Por otra parte, dicha característica impregna muchas cláusulas contractuales y, sobre todo, el desenvolvimiento práctico del desarrollo del Programa. Así ocurre, por ejemplo, con las cláusulas cuarta y quinta, referentes a los diagramas de partidos, fixtures y horarios de transmisión.

-Finalmente, la distribución de los eventuales beneficios que produzca la comercialización prevista en la cláusula tercera, segundo párrafo, a cargo de la Jefatura de Gabinete de Ministros también resulta una consecuencia lógica de este carácter contractual. Se trata de un derecho en expectativa en favor de AFA, sujeto a la efectiva comercialización y percepción de los fondos que se obtengan correlativamente.

5. Efectos que no pueden ser obviados.

El análisis preliminar llevado a cabo en el punto 1 del presente comentario se ha visto reflejado, palmariamente, en la práctica y el desarrollo del mismo.

Se ha logrado el acceso libre y gratuito a la transmisión de los partidos de fútbol del torneo oficial organizado por AFA, que resulta una de las finalidades primordiales de la formalización del vínculo examinado (cláusula primera), eliminándose las restricciones propias que imponen los sistemas pre-pagos.

Paralelamente, ello generó un notable incremento en la audiencia televisiva de los distintos eventos, cumpliéndose así con un claro sentido inclusivo, propio de este tipo de políticas de Estado. Es más, a partir de este año, se han sumado nuevas señales televisivas a estas transmisiones.

Paulatinamente se han incrementado los ingresos que percibe AFA -y, consecuentemente, los clubes a ella afiliados- como consecuencia de los pagos periódicos de cánones conforme al contrato y sus Addendas. La administración y gestión de las autoridades de cada entidad deportiva son las encargadas de su aplicación.

Y, como reflexión final, me permito afirmar que el fútbol ya no es sólo el deporte más masivo y atractivo de los que se practican en el Planeta. Un interesante estudio nos indica que "en

Brasil el fútbol es uno de los mayores patrimonios de nuestra denominada "cultura popular". Es una expresión colectiva de valor esencial para el entendimiento de nuestras raíces históricas, nuestras maneras de ser y nuestras contradicciones sociales. El fútbol es para Brasil (también para muchas otras realidades) mucho más que un deporte de masas: es en realidad una expresión significativa de la cultura de las masas y un capítulo de nuestras luchas sociales..." (9). Y estas reflexiones pueden ser trasladadas, sin hesitación, a nuestra sociedad argentina.

"Fútbol para Todos" es un mecanismo jurídico que sigue una línea política firme para que esa verdadera manifestación cultural pueda llegar de modo gratuito a todos quienes habitan nuestro suelo. Desde allí pueden partir nuevos análisis que excedan la técnica-jurídica y se adentren en sus múltiples beneficios para la sociedad.

Notas al pie.

(1) BARBIERI, Pablo C., El contrato de explotación de derechos televisivos en el fútbol profesional. Apuntes jurídicos sobre "Fútbol para Todos", 9/6/2014, www.infojus.gov.ar, Id infojus: DACF 140345.

(2) Sobre el particular, véase el comentario de LERENA, Angela, Fútbol para todos y todas, 6/9/2012, en <http://www.futbolparatodos.com.ar/2012/09/06/futbol-para-todos-y-todas/> .

(3) Fuente: <http://www.infobae.com/2014/08/01/1584402-en-las-tribunas-river-goleo-boca-fue-e-l-equipo-mas-popular-la-temporada> .

(4) BARBIERI, Pablo C., Futbolistas profesionales en la Argentina, Ad Hoc, Bs.As., 2014, pág. 196.

(5) ZANNONI, Eduardo - BISCARO, Beatriz, Responsabilidad de los medios de prensa, Astrea, Bs. As., 1993, pág. 119 y jurisprudencia allí citada.

(6) Sobre la reforma introducida por esta nueva normativa, puede verse BARBIERI, Pablo C., Derecho a la imagen personal en el nuevo Código Civil y Comercial: un paso adelante, en www.infojus.gov.ar, 2/10/2014, Id Infojus: DACF 140721.

(7) GOLAB, Jonathan, Contratos Asociativos y excepción de incumplimiento, en Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 15/11/2013; puede verse su versión digital en <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=66692>.

(8) BARBIERI, Pablo C., op. cit. en nota 1.

(9) MURAD, Mauricio, Para una cultura del fútbol en Brasil, en GODIO, Matías - ULIANA, Santiago (comp.), Fútbol y Sociedad. Prácticas locales e imaginarios globales, EDUNTREF, Bs. As., 2011, pág. 319.

