



Roj: **SAN 303/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:303**

Id Cendoj: **28079230082015100037**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/01/2015**

Nº de Recurso: **51/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000051 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00536/2013

Demandante: LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL

Procurador: D^a. CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Codemandado: FEDERACIÓN DE ORGANISMOS O ENTIDADES DE RADIO Y TELEVISIÓN AUTONÓMICOS (FORTA), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L., CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., UNIPREX, S.A., UNIDAD EDITORIAL INFORMACIÓN DEPORTIVA, S.L.U., ; RADIO POPULAR, S.A. CADENA DE ONDAS POPULARES ESPAÑOLAS COPE Y AGRUPACIÓN DEPORTIVA ALCORCÓN, S.A.D., Y OTROS

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

SENTENCIA N°:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil quince.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **51/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Consuelo Rodríguez Chacón**, en nombre y representación de **LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL**, contra Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2012, que resuelve el conflicto planteado en relación con la determinación de la cuantía de la compensación económica



reconocida en el artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , por el acceso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a los estadios y recintos para retransmitir acontecimientos deportivos.

Ha sido parte recurrida la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Abogado del Estado. Se han personado como codemandados: la **Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA)** , representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Rincón Mayoral** ; **Sociedad Española de Radiodifusión, S.L.** representada por el Procurador de los Tribunales **D. Argimiro Vázquez Guillén** ; **Corporación de Radio y Televisión Española, S.A.** , representada por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto de Hoyos Mencía** ; **Uniprex, S.A.** representada por el Procurador de los Tribunales **D. Manuel Lanchares Perlado** ; **Unidad Editorial Información Deportiva, S.L.U.** , representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a. María Luisa Montero Correal** ; **Radio Popular, S.A. Cadena de Ondas populares Españolas COPE** , representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Inmaculada Ibáñez de la Cadinere Fernández** ; y **Agrupación Deportiva Alcorcón, S.A.D.**, y **Otros** representados por el Procurador de los Tribunales **D. Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla**;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, la parte recurrente interpuso recurso contencioso administrativo. Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se estime el recurso, declarando nulo el acto administrativo recurrido y, subsidiariamente, se plantee cuestión prejudicial al TJUE o cuestión de inconstitucionalidad y, subsidiariamente, se fije la cuantía de la compensación en la cantidad de 142 euros.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia inadmitiendo parcialmente el recurso interpuesto y, subsidiariamente, desestimando la demanda.

Los codemandados formularon sus escritos de contestación a la demanda, instando la desestimación del recurso y, en el caso de Agrupación Deportiva Alcorcón, sosteniendo la tesis de la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron escritos de conclusiones por su orden y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 14 de enero de 2015.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO** , quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución objeto de recurso señala:

<<El objeto del presente conflicto es... la determinación de la compensación económica que los operadores radiofónicos deberán sufragar por el ejercicio del derecho de acceso a los estadios para la retransmisión en directo de los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, reconocido en el artículo 19.4 de la Ley Audiovisual .

La competencia reconocida en el artículo 19 de la Ley Audiovisual a esta Comisión se debe ceñir exclusivamente a determinar la cuantía de la compensación derivada de los gastos que se generen como consecuencia del mantenimiento de las cabinas de los recintos y demás servicios necesarios para garantizar su derecho....

Como se explica a continuación, la inclusión del cálculo del coste del acceso no sólo a las cabinas, sino también a la zona de prensa, zona mixta, terreno de juego, etc . en el marco del presente procedimiento se encuentra justificado.

En efecto, con su inclusión no se pretende invadir competencias de la jurisdicción competente, sino evitar el perjuicio que supondría para las partes intervinientes en el conflicto tener que acudir de nuevo a esta Comisión para la determinación del coste que supondrían estos accesos en el caso de que finalmente se consideren incluidos.....



el artículo ya establece que la compensación económica debe ser equivalente a los costes que los operadores radiofónicos generen por el ejercicio de dicho derecho. No obstante, dicho tenor literal no especifica qué se debe entender por dicho coste y, a su vez, qué costes deben ser los incluidos o se pueden entender generados por los operadores radiofónicos cuando ejerzan este derecho. Resulta necesario, por tanto, acudir a lo señalado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley..... *los operadores radiofónicos deberán abonar a los titulares de los derechos los gastos que se generen como consecuencia del mantenimiento de las cabinas de los recintos y demás servicios necesarios para garantizar el derecho a comunicar información* " . (Subrayado añadido)....

Se pueden extraer las siguientes premisas: i) que los operadores radiofónicos únicamente deberán abonar las compensaciones económicas que cubran estos costes cuando efectivamente ejerzan ese derecho, es decir, cuando accedan a los estadios y ii) que la cuantía a pagar debe corresponderse exclusivamente con los costes de mantenimiento de las cabinas de los recintos y demás servicios necesarios generados por dichos operadores en el ejercicio del derecho....

al respecto solo cabe añadir que la Exposición de Motivos es suficientemente clara, pues señala que los operadores radiofónicos " *deberán abonar a los titulares de los derechos los gastos que se generen como consecuencia del mantenimiento de las cabinas de los recintos y demás servicios*" . En igual sentido el artículo 19.4 señala que la compensación económica será " *equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho*" . Así, desde el momento que la propia norma equipara la compensación económica a un gasto o coste generado por el ejercicio de un derecho, se debe concluir que dicho abono sólo deberá concurrir cuando efectivamente se ejerza...

Pues bien, como ya se ha dicho, la compensación económica que debe fijar esta Comisión debe calcularse sobre la base de los costes que el ejercicio de dicho derecho genere y únicamente deberán ser sufragados cuando sea ejercido. Esta aproximación excluye, por tanto, los costes de oportunidad, comunes y de infraestructura, al ser independientes de la entrada de las radios....

En base a los principios generales establecidos en los párrafos precedentes para la determinación de la cuantía de la compensación económica, esta Comisión debe rechazar la cuantificación realizada por la LFP y aportada en el Anexo 1 de su contestación al requerimiento de información de 456.000 euros para los partidos de Liga de 1ª División y 252.000 euros para los de 2ª División que según la LFP deberían abonar los operadores radiofónicos para ejercer el derecho previsto en el artículo 19.4 de la Ley Audiovisual por, entre otros y sin ánimo de ser exhaustivos, los siguientes motivos:

- Más de un 75% del coste incluido en dicha oferta corresponde al lucro cesante que supone destinar ese espacio a las cabinas radiofónicas en vez de dedicarlo a otros usos, coste que esta Comisión no considera imputable tal y como se ha considerado anteriormente.
- La oferta realizada por la LFP a los operadores radiofónicos llevaba a cabo una imputación de costes por el total de la temporada, sin tener en cuenta, tal y como esta Comisión entiende, que el ejercicio del derecho de acceso para la retransmisión en directo de los eventos deportivos y, por tanto, los costes asociados al mismo, únicamente se generan cuando se produce un acceso físico de los operadores radiofónicos a los estadios....

En la presente Resolución se fija de forma definitiva la compensación económica en 85 euros/partido/estadio como la cantidad que los operadores radiofónicos deben satisfacer por el ejercicio del derecho recogido en el artículo 19.4 de la Ley Audiovisual . Dado que en la medida cautelar se fijó transitoriamente la compensación en 98 euros/partido/estadio, las partes deberán regularizar las cantidades satisfechas desde el inicio de las competiciones de conformidad con el criterio final adoptado en esta Resolución>>.

Conviene resaltar, ya desde este momento, que el acto administrativo impugnado se ciñe a fijar la cuantía de la compensación económica a que se refiere la Ley manifestando, expresamente, que el acceso a los recintos deportivos no es cuestión que sea competencia de la CMT. De esta forma, la administración demandada ha ejercitado la función que le atribuye la norma, sin que pueda sostenerse que el derecho de acceso a los estadios y recintos deportivos haya sido objeto de decisión en el expediente.

Conforme se deduce del expediente, y resalta la administración demandada, una vez entra en vigor la reforma que veremos a continuación, se produce una primera reunión entre la LFP y las Radios, fijándose por la hoy recurrente unas cuantías para dar cumplimiento, según su tesis, a la ley. En junio de 2012 se celebra una segunda reunión, sin que se alcance acuerdo alguno. A partir de aquí se plantea el conflicto a la CMT, que inicia la tramitación del expediente. Se requiere a la LFP para que aporte información sobre las cuantías que reclama y pormenorice las mismas. Igualmente se solicita a los operadores radiofónicos que aporten su propia cuantificación.



Una vez recibida la información y alegaciones realizadas, la CMT adopta el acuerdo cautelar a que también nos referiremos después, y formula una petición a la LFP para que detalle las distintas partidas y conceptos. Contestado este segundo requerimiento, se otorga trámite de audiencia y se dicta la resolución impugnada.

SEGUNDO.- El artículo 19 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 15/2012, establece:

<<Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica dispondrán de libre acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho. La cuantía de la compensación económica será fijada mediante acuerdo de las partes.

En caso de discrepancia sobre dicha cuantía, corresponderá a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolver el conflicto mediante resolución vinculante, a solicitud de alguna de las partes y previa audiencia de las mismas>>. Dicha previsión se contiene en su número 4, haciendo una salvedad respecto de la regulación que establece en los tres anteriores, referidos a la comunicación audiovisual distinta de la radiofónica, respecto de los que permite su explotación comercial.

Durante el procedimiento seguido ante la CMT, se adoptó la medida cautelar siguiente: "*Adoptar la medida cautelar consistente en fijar en 98 euros por estadio y partido la compensación económica equivalente al coste generado por los prestadores de comunicación audiovisual radiofónica por el ejercicio del derecho de acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, que éstos deberán abonar a los titulares de los derechos por el mantenimiento de las cabinas de los recintos y demás servicios necesarios para garantizar el derecho a comunicar información, de conformidad con el artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.*

Esta medida cautelar estará en vigor hasta la adopción de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento".

La parte plantea que la decisión de la CMT es contraria a derecho en cuanto se ampara en una norma manifiestamente contraria al Derecho de la Unión Europea y a la Constitución española.

Reconoce la parte recurrente que la inicial cesión de derechos radiofónicos se vio "abruptamente" interrumpida por la Ley 21/1997, de 3 de julio, en cuanto prácticamente imposibilitó la explotación de los derechos radiofónicos, pues se concedió a las radios el derecho de acceso a los estadios y recintos deportivos para la retransmisión de los encuentros sin "limitaciones de tiempo y de directo". Ello se produjo al inicio de la temporada 1997/1998. En esta situación se llega a la trasposición de la Directiva 2010/13/UE, mediante la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

La parte cita la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 15 de febrero de 2003, sobre el Futuro de la Política Reguladora Europea en el Sector Audiovisual; el Libro Blanco del Deporte, presentado por la Comisión el 11 de julio de 2007; la resolución del Parlamento Europeo, de 8 de mayo de 2008, sobre el Libro Blanco Sobre el Deporte; la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de enero de 2011, en desarrollo de la dimensión europea del deporte; y el informe del Parlamento Europeo de 21 de noviembre de 2011, sobre la dimensión europea del deporte. Sobre lo anterior la parte desarrolla el razonamiento, sosteniendo que la regulación española vulnera el Derecho Comunitario y en concreto: artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE); artículos 18, 26 y 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); artículos 16, 17 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; y artículos 18, artículo 1 del Protocolo 1 y artículo 1 del Protocolo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Del examen del escrito de demanda y de los distintos preceptos que cita la parte que acabamos de reflejar en el párrafo anterior, así como decisiones del TJUE, podemos extraer una primera precisión que es trascendente, en cuanto no cabe duda que a la parte podría asistirle razón, en todo caso, si se tratara de retransmisiones televisadas, es decir, cuando nos encontramos ante la explotación de la imagen o, conjuntamente, imagen y sonido.

Así, podemos afirmar que los preceptos que se citan de concretas normas básicas de la Unión no establecen específicamente nada relacionado con la difusión radiofónica de eventos deportivos y ello es predicable respecto del TUE, TFUE y lo referido a los derechos fundamentales y derechos humanos. El Libro Blanco del Deporte cuando se refiere a las relaciones entre el sector del deporte y los medios de comunicación deportivos, dice literalmente "en especial la televisión" y "nuevos medios y servicios de televisión interactiva" y alude al importante papel de la venta de derechos (documento 23).



Si acudimos a la Comunicación de la Comisión, ya citada y aportada como documento 22, podemos observar que de su propio tenor se desprende sin género de duda que se está refiriendo a la retransmisión por televisión, fundamentalmente. Así, cuando se alude al panorama audiovisual de Europa, se hace cita expresa de la televisión y el cine, se alude al número de cadenas y a la transmisión por cable o por satélite, a comunicaciones móviles y televisión digital o a emisiones televisivas por parte de los Estados miembros. Y se refleja que la legislación comunitaria es precisa respecto de ésta forma de comunicación. Y ello es predicable respecto de las dos comunicaciones que se citan.

Lo mismo podemos resaltar de la resolución del Parlamento Europeo ya citada (documento 24) pues alude en todo momento a lo audiovisual, que hemos visto que se refiere con carácter preeminente al ámbito televisivo. Aquí se hace referencia a la protección de los derechos de propiedad intelectual del organizador de eventos deportivos y pide a los estados miembros que refuercen dichos derechos con acciones concretas. Pero de ahí no extraemos una concreta medida vinculante hacia los estados miembros y menos referida en concreto a la difusión radiofónica.

En todo caso, las resoluciones o informes, o las comunicaciones, no tienen carácter vinculante (artículo 288 TFUE) ni pueden, por tanto, sustentar la tesis de su obligado cumplimiento. Término común de todo lo expuesto es la ausencia de expresa mención respecto de la retransmisión radiofónica y, en cualquier caso, la ausencia de toda mención que pueda tener un carácter vinculante para los estados miembros.

TERCERO.- Conviene traer a colación, pues nos parece relevante, la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 31 de julio de 2012, que resuelve no iniciar expediente sancionador, en la que se señala:

<<La conducta denunciada se refiere a la posible actuación coordinada de los operadores radiofónicos que originó un comunicado oficial conjunto de fecha 20 de julio de 2011. En dicho comunicado se hacía público el consenso alcanzado por las radios españolas en su negativa a negociar la adquisición de los derechos radiofónicos propiedad de MEDIAPRO y comercializados por la LFP, en concreto, en lo referente a los derechos de radiodifusión en directo de partidos de la Liga BBVA, la Liga Adelante y la Copa de S.M. el Rey (excepto la final). El efecto de estas conductas sería, según las denuncias, impedir, restringir y falsear la competencia en el mercado de los derechos de radiodifusión de partidos de fútbol.

Según las denunciantes, las prácticas indicadas supondrían un acuerdo entre empresas con fin de desarrollar un boicot cuyo objeto y efecto fue el de restringir la competencia, lo que infringiría el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE

La conducta denunciada se produce en el momento en el que el titular de los derechos audiovisuales de Liga y de la Copa de S.M. el Rey de fútbol decide, en julio de 2011 a través de la LPF, comercializar los derechos de retransmisión radiofónica de estos eventos, sin que hasta el momento esta actividad hubiese sido objeto de explotación comercial por parte de los titulares del derecho, al contrario de como operan estos derechos cuando la retransmisión es televisiva, y que configura un mercado que tradicionalmente ha sido delimitado por las autoridades de competencia como el de *Mercados de adquisición y reventa de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol en España*. En el caso de las retransmisiones por radio de estos eventos, como señala la Dirección de Investigación: "Hasta la presente temporada, los operadores de radio se relacionaban directamente con los clubes de fútbol para la obtención de acreditaciones oportunas, que darían acceso al estadio, terreno de juego, sala de prensa, zona mixta y, en su caso, cabina radiofónica desde la que retransmitir los encuentros, no abonando importe alguno por ello"....

La Ley 21/1997, en su artículo 2 regulaba, en base al derecho de información, el libre acceso a los estadios deportivos por parte de Televisiones y Radios, limitando para las televisiones el tiempo máximo de emisión de imágenes a tres minutos, pero sin limitar el tiempo cuando se tratase de diarios o espacios informativos radiofónicos

(...)a diferencia de la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol, la retransmisión en directo de la integridad de los partidos de fútbol por parte de las emisoras de radio ha venido desarrollándose en España sin que ninguna de dichas emisoras desembolsara contraprestación alguna por el derecho a retransmitir. Tal y como consta en el expediente, en algunas ocasiones las emisoras de radio han establecido acuerdos para sufragar los costes de dichas emisiones (reserva de espacios en el estadio, instalación de cabinas de retransmisión, conexiones, pases,...), pero tal y como argumenta la Dirección de Investigación, y el Consejo comparte, ello no puede ser interpretado como una contraprestación por la adquisición del derecho a retransmitir. En resumen, los derechos de radiodifusión de partidos de fútbol, dada la regulación existente, nunca pudieron ser explotados comercialmente como si lo han sido los derechos de retransmisión televisiva,... los operadores radiofónicos consideran que a pesar de que la nueva legislación no regule explícitamente su derecho a retransmitir estos eventos, la distinta naturaleza entre una retransmisión radiofónica y una retransmisión televisiva hace que la primera esté protegida por el derecho a la información consagrado en la

Constitución Española, en su artículo 20 , y por tanto no ha lugar a tener que pagar ninguna contraprestación, a la LFP o a MEDIAPRO, por la retransmisión en directo de los partidos de futbol objeto de la controversia.

Esta última interpretación es compartida por la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en respuesta a un requerimiento de información remitido por la Dirección de Investigación, interpretando que el referido artículo 19.3 de la ley 7/2010 , que alegan MEDIAPRO y la LFP, se refiere exclusivamente a la televisión y no a las radios.

Recientemente, el Real Decreto Ley 15/2012 ha puesto fin a esta controversia, mediante la modificación del polémico artículo 19.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual señalando explícitamente en su exposición de motivos que tal modificación tiene por objeto : *"garantizar a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica el libre acceso a los estadios y recintos al objeto de retransmitir en directo acontecimientos deportivos sin que sea exigible contraprestación alguna"*.

Consecuentemente, tras la promulgación de este Real Decreto Ley, la regulación vuelve a ser la misma que la existente hasta la Ley 7/2010, con lo cual el acuerdo sometido a análisis en este expediente habría perdido su objeto declarado, el de impedir que los operadores de radio comenzasen a otorgar contraprestaciones por la radiodifusión de ciertos eventos de futbol, cuando tal pretensión no era, a su entender, legal.

La cuestión, desde la óptica de análisis de la defensa de la competencia, es si el acuerdo denunciado tuvo en su momento por objeto el falseamiento de la competencia o produjo tal efecto o pudo producirlo.

Ciertamente el cambio regulatorio acontecido con la Ley 7/2010, en tanto en cuanto deroga una norma que venía a regular de forma muy directa un concreto aspecto que no encuentra respuesta equivalente en la nueva norma, puede dar lugar a cierta incertidumbre sobre la verdadera intención del legislador con este cambio. Bajo esta óptica, ante el vacío normativo existente en el momento de los hechos, hay espacio para valorar que el objeto del acuerdo pudiera no ser, necesariamente, anticompetitivo, en tanto en cuanto su finalidad, como interpreta la Dirección de Investigación, no habría sido la de falsear la competencia sino impedir que por la vía de los hechos se les impusiera una obligación de pago que ni había existido en el pasado, ni el regulador parecía contemplar. El informe de la SETSI y, posteriormente, el nuevo cambio acontecido con el Real Decreto Ley 15/2012 vendría por tanto a avalar la interpretación de los denunciados, reforzando con ello la falta de indicios sobre la naturaleza anticompetitiva en el acuerdo denunciado.

Y en todo caso, el contexto de confusión normativa, originada por la modificación legislativa en el año 2010, en el que se desarrolló la conducta impide la apreciación del elemento de culpabilidad, imposibilitando la identificación de responsabilidad, lo cual, aun cuando la conducta presentase indicios de infracción, como habitualmente lo es un acto de boicot, haría estéril la incoación de un procedimiento sancionador en aplicación del artículo 49.1 de la LDC .

Consecuentemente el Consejo no aprecia que de lo actuado en el presente expediente se deriven indicios de una infracción regulada en la LDC o en el TFUE>>.

CUARTO.- Conviene también señalar, en este momento, que la posición procesal de los clubes de fútbol personados, sólo puede ser la de codemandados, es decir, su postura procesal no puede confundirse con la mantenida con la parte recurrente (art. 21.1.b LRJCA). De esta forma, sin necesidad de adoptar una específica decisión procesal, lo cierto es que la Sala considera que los argumentos que ha mantenido dicha parte personada no pueden tomarse en consideración en tanto en cuanto supongan apoyo a la tesis mantenida por la parte recurrente, acogiendo así el planteamiento que se efectúa por la parte demandada.

La Abogacía del Estado plantea la inadmisión parcial del recurso al entender que no cabe la impugnación indirecta de la norma, al atacar el acto de aplicación de la misma, por carecer de jurisdicción respecto de una norma con rango de ley. Y ello debemos unirlo a la alegación que se efectúa respecto del carácter revisor de la jurisdicción.

Efectivamente, debemos centrar el contenido del acto recurrido, que es la fijación de la cuantía de la compensación económica reconocida en el artículo 19 LGCA, es decir, la CMT ha actuado su competencia en la medida que dicho artículo se la atribuye para fijar dicha cuantía. Y debemos volver a resaltar que la CMT no ha tomado decisión específica sobre el acceso de las radios a los estadios de fútbol, acceso que viene determinado en la norma y no en la decisión de la CMT. De hecho la resolución recurrida así lo afirma de forma expresa.

Esto nos parece fundamental y nos permite desestimar el grueso de los motivos de impugnación. Por un lado, hemos visto que la norma no infringe de forma directa producción jurídica de ningún rango del ámbito comunitario y, por otro lado, nos parece claro que al amparo de la impugnación de la decisión de la CMT no cabe el planteamiento de cuestionar la norma en un aspecto que no es objeto de decisión en el acto recurrido.



Ello nos permite afirmar que no estamos ante un supuesto que se asimile al caso Simmenthal o Cilfit, como se pretende en la demanda, ni que la decisión de la CMT pueda entrar en conflicto con los derechos que se citan en la demanda, tanto comunitarios como de nuestra constitución. Y entendemos que ello no constituye, en este momento procesal, causa de inadmisión, sino de desestimación. En consecuencia, consideramos que no procede inaplicar la norma española, ni plantear cuestión prejudicial o cuestión de inconstitucionalidad, pues no apreciamos la relevancia mínima necesaria para plantear dichas cuestiones, conforme venimos señalando.

Por otra parte, tal y como señala la administración demandada, el contenido de la actual ley no difiere sustancialmente de lo que se preveía en la anterior ley 21/1997, pues allí también se recogía que "los diarios o espacios informativos radiofónicos no estarán sujetos a las limitaciones de tiempo y directo contempladas en el párrafo anterior", referido a la retransmisión por televisión. Ley que fue objeto de examen por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de abril de 2006. El amparo de dicha diferenciación se localiza, conforme al texto de ambas leyes, en el artículo 20 CE. En todo caso nos remitimos también a lo señalado respecto de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que hemos reflejado anteriormente.

Si el acto recurrido se ciñe estrictamente al ámbito que ya hemos resaltado, si no existe previsión específica del derecho comunitario que entre en contradicción con la norma aplicada, todo ello conforme ya hemos reiterado anteriormente, nos parece claro que la impugnación que se realiza de la propia norma no tiene fundamento en el ámbito procesal que ahora nos ocupa, que debemos reconducir a su auténtico contenido, cual es la fijación de la compensación económica a que se refiere la ley. Y consideramos que no debemos apreciar la concurrencia de una causa de inadmisibilidad, por cuanto para desestimar los argumentos de la demanda es necesario entrar al examen de lo planteado y, siendo ello así, lo más oportuno es desestimar los motivos formulados. Motivos que desestimamos por dicha razón de no apreciar vulneración de derecho comunitario o constitucional y, sentado lo anterior, por cuanto la revisión jurisdiccional debemos centrarla en la cuantía de la compensación por ser el contenido del acto impugnado.

QUINTO.- La procedencia de desestimar los motivos de impugnación referidos al acceso a los estadios y recintos, supone que debamos centrarnos ahora en la cuantía fijada por la CMT, verdadero y único contenido del acto impugnado.

Ya hemos señalado que la CMT fijó dicha cuantía, de forma cautelar, en el importe de 98 euros. La parte recurrente considera que dicho importe debe fijarse en la cuantía de 142 euros, a cuyo efecto aporta informe pericial. Y la CMT lo ha fijado definitivamente en la cuantía de 85 euros.

Como punto de partida debemos señalar que consideramos correcta la decisión administrativa en cuanto fija dicha cuantía por cada partido al que se acuda. Para ello se afirma que la Ley alude a una compensación económica "por el ejercicio del derecho". Y, como señala la resolución impugnada, y esta Sala suscribe, el ejercicio del derecho se produce cuando se accede físicamente al estadio para la retransmisión de que se trate. Consecuencia de ello es que el importe que se fije, sólo deberá abonarse en dicho supuesto de acceso y no será procedente cuando no se produzca al acceso referido. Nos remitimos a los razonamientos del acto impugnado en este sentido.

La CMT considera que no deben incluirse, a efectos de fijación de la cuantía, el lucro cesante por destinar un espacio físico a las cabinas radiofónicas, ni los costes comunes y de estructura. En cuanto al lucro cesante, al considerar que es un coste "hipotético" que tiene que ir unido a un uso alternativo que genere compensación económica. En cuanto a los costes comunes y de estructura, porque no son costes que puedan evitarse o reducirse en caso de que no se acceda, es decir, si no se ejercita el derecho.

Entendemos acertada dicha tesis, pues dichos costes son independientes de la entrada de las radios en los estadios. Coincidimos con la CMT, en cuanto el lucro cesante es "una ganancia dejada de obtener o un coste de oportunidad" y no debe computarse como gasto que derive del ejercicio del derecho, fundamentalmente por su carácter hipotético. Y en cuanto a los costes comunes y de estructura se deben afrontar en todo caso, sin que estén directamente vinculados al acceso.

La CMT fija el importe concreto partiendo de la razonabilidad de la cuantía fijada en la medida cautelar, salvo respecto de las amortizaciones, "para las que la LFP no ha aportado ninguna documentación que acredite dicho concepto". Se incluye la amortización referida al mobiliario que se incluye en una cabina, por importe de 4 euros, por lo que la cuantía se reduce en 13 euros (4 en lugar de 17) y se fija en 85 euros.

Debemos resaltar que el informe pericial aportado en el presente procedimiento, realiza un estudio detallado de la cuestión y toma en consideración la información económica y contable requerida a los clubes de fútbol, con datos contables del ejercicio cerrado el 30 de junio de 2012, "que han sido revisados por los auditores de cada club". Por ello afirma que se trata de "información completa y fiable" y no tenemos motivos para dudar de dicha afirmación. Nos remitimos a dicho informe y a la ratificación efectuada a presencia judicial.



La cantidad que obtiene el perito se sitúa en 96 euros por consumo eléctrico, limpieza, seguridad, mantenimiento general, accesos y acreditaciones. A dicha cantidad suma 31 euros por amortizaciones y 15 euros correspondientes al 12% de organización de servicios. Es decir, suma 46 euros por estos dos conceptos citados en último lugar.

Consideramos que podemos acoger, por su mayor fiabilidad, los datos del informe pericial que suman 96 euros, entendiendo que los mismos son procedentes y no varían sustancialmente de los considerados por la CMT, realizándose una labor técnica que no está contradicha en autos. De hecho la variación de cada partida, individualmente considerada, no es demasiado significativa.

Pero entendemos que no procede incluir la partida referida de amortización, pues ya hemos señalado que la misma no es procedente, si bien podemos añadir los 4 euros que cita la resolución impugnada, como cifra reconocida por amortización de mobiliario, por lo que tras la operación de la correspondiente operación aritmética se obtiene la cifra de 100 euros.

En cuanto a la partida de organización de servicios coincidimos con la administración demandada, en el sentido de se incluye un porcentaje de los costes comunes (12%) que se considera complejo de estimar, pero se trata de elementos de coste directamente imputables a partidas que ya han sido cuantificadas, no justificándose adecuadamente su doble imputación, a costes que no se justifica que sean generados y en dicho porcentaje por el ejercicio del derecho.

SEXTO.- Conforme dispone el artículo 139 LRJCA, la estimación parcial del recurso aconseja no hacer expresa imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.-Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Consuelo Rodríguez Chacón**, en nombre y representación de **LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL**, contra Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2012, que resuelve el conflicto planteado en relación con la determinación de la cuantía de la compensación económica reconocida en el artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por el acceso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a los estadios y recintos para retransmitir acontecimientos deportivos.

SEGUNDO.- Fijar la cuantía de la compensación económica a que se refiere el artículo 19.4 de la ley 7/2010, en la cantidad de 100 euros.

TERCERO.- Desestimar el resto de las pretensiones ejercitadas en la demanda.

CUARTO.- No efectuar expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.